СЕРІЯ «БІБЛІОТЕКА ПРАВОТВОРЦЯ»

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОТВОРЧОСТІ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ

монографія

ВИДАВНИЦТВО ЮРІНКОМ ІНТЕР

СЕРІЯ «БІБЛІОТЕКА ПРАВОТВОРЦЯ»

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ

Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОТВОРЧОСТІ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ

Монографія

ЮРІНКОМ ІНТЕР

КИЇВ–2025

УДК 343.1:340.13](477)(02)
К68

Рекомендовано до друку Вченою радою
Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України
(протокол № 18 від 27 листопада 2025 року)

Рецензенти:

БЕРЗІН Павло, доктор юридичних наук, професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

ПАРХОМЕНКО Наталія, доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу теорії держави і права Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, член-кореспондент НАН України, член-кореспондент НАПрН України;

Mark O'DONOGHUE (Марк О'ДОНАХЬЮ), Chief Inspector at Strategic Hub of National Police Chiefs' Council (NPCC) UK (Головний інспектор Стратегічного Хабу Національної Ради Голів Поліції Великобританії).

Концептуальні засади правотворчості у сфері кримінальної юстиції : монографія / за ред. К68 д. ю. н., проф. Зої Загиней-Заболотенко. Київ : Юрінком Інтер, Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2025. 916 с.

ISBN 978-966-667-949-2

У монографії запропоновано концептуальні засади правотворчості у сфері кримінальної юстиції України, а саме у сферах кримінального права, кримінального процесуального права, судоустрою та судової влади. Аналізуються загальнотеоретичні проблеми відповідних галузей права, пропонуються зміни до законодавства України, спрямовані на вдосконалення нормативної основи діяльності кримінальної юстиції України з урахуванням європейських стандартів, доктринальних підходів та напрацювань судової практики. Зроблено акцент на важливості вирішення проблем ресурсозабезпечення, а також на викликах і ризиках, які супроводжують правотворчу діяльність у сфері кримінальної юстиції. У монографії особливо виокремлено інноваційні підходи до правотворчості та визначено необхідні умови для успішного впровадження цих змін у правозастосування. Результати дослідження можуть значно сприяти вдосконаленню процесів правотворчості у сфері кримінальної юстиції України, а також поліпшити взаємодію між законодавчим органом, судовою владою та іншими державними установами, які беруть участь у правовому регулюванні цієї галузі.

Монографія стане в пригоді законодавцю, науковцям, практичним працівникам, аспірантам.

Монографію підготовлено за результатами виконання науково-дослідної теми «Концептуальні засади правотворчої діяльності в Україні: ресурсозабезпечення, новації та ризики» (номер держ. реєстр. 0125U002053)

УДК 343.1:340.13](477)(02)

Видавництво «Юрінком Інтер» прагне сталого майбутнього для нашого бізнесу, наших читачів і нашої планети. Ця книга виготовлена з паперу, сертифікованого FSC® та PEFC™

ISBN 978-966-667-949-2

© Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2025
© Загиней-Заболотенко З. А., Музика А. А., Турлова Ю. А., Кваша О. О., Гацелюк В. М., Антонюк Н. О., Фомін С. Б., Прилуцький С. В., Хім'як Ю. Б. та ін., 2025
© Юрінком Інтер, 2025

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА (листи про наукову та практичну цінність результатів монографічного дослідження) 6

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ 12

КНИГА 1.
КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОТВОРЧОСТІ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Розділ 1. МОДЕРНІЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЯК НАПРЯМ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ (Зоя ЗАГИНЕЙ-ЗАБОЛОТЕНКО) 16

Розділ 2. ОСОБЛИВОСТІ СТВОРЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА (Вікторія БАБАНІНА) 110

Розділ 3. ТРАЄКТОРІЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ У ПРАВОТВОРЧОСТІ (Дар'я БАЛОБАНОВА) 138

Розділ 4. ПРОБЛЕМА СТАТУСУ ПОТЕРПІЛОГО ВІД КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ (Анатолій МУЗИКА) 162

Розділ 5. ОБЧИСЛЮВАЛЬНЕ КРИМІНОЛОГІЧНЕ АРГУМЕНТУВАННЯ ТА ЙОГО РОЛЬ В РАЦІОНАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ (Микола КАРЧЕВСЬКИЙ) 177

Розділ 6. ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАВОЗАСТОСОВНІ ПРОБЛЕМИ АДАПТИВНОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ ДО ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМ ВОЄННОГО ПЕРІОДУ (Юлія ТУРЛОВА) 221

Розділ 7. ПАРАДИГМА КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ТА ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ ПОВЕДІНКИ ЛЮДИНИ ВІДПОВІДНО ДО ВИКЛИКІВ ВОЄННОГО ТА ПОВОЄННОГО ПЕРІОДІВ (Віталій ГАЦЕЛЮК) 269

Розділ 8. ВЕКТОРИ РОЗВИТКУ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ (Наталія АНТОНЮК) 391

Розділ 9. ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ПЕНАЛІЗАЦІЇ
ТА ДЕПЕНАЛІЗАЦІЇ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ
ПОЛІТИКИ (Расім БАБАНЛИ) 431

Розділ 10. ОНОВЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА:
ГЕНДЕРНІ СТУДІЇ ТА СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО
(Олена ХАРИТОНОВА).....454

КНИГА 2.
КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Розділ 1. ЦИФРОВІЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ:
ОСНОВНІ НАПРЯМИ РОЗВИТКУ ПРАОТВОРЧОСТІ
(Юрій ХІМ'ЯК) 488

Розділ 2. РЕАЛІЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО
ІНСТИТУТУ ВІДНОВЛЕННЯ ВТРАЧЕНИХ МАТЕРІАЛІВ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ (Сергій ФОМІН).....544

Розділ 3. ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО ІНСТИТУТУ
ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ У КРИМІНАЛЬНОМУ
ПРОВАДЖЕННІ (Оксана БРОНЕВИЦЬКА) 574

Розділ 4. ВИЯВЛЕННЯ ТА РЕАКЦІЯ НА ЗЛОВЖИВАННЯ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: АНАЛІЗ СУДОВОЇ
ПРАКТИКИ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА
(Олександр ТОРБАС).....607

Розділ 5. ВПЛИВ ПРАВОТВОРЧОСТІ НА МОДЕРНІЗАЦІЮ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ В ЧАСТИНІ РЕАЛІЗАЦІЇ
ПРАВА НА КОМПРОМІС У КРИМІНАЛЬНОМУ
ПРОВАДЖЕННІ (Марія СІРОТКІНА-БУТ) 633

Розділ 6. СПРОЩЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ
В РЕАЛІЯХ СЬОГОДЕННЯ: ВІД ІДЕЇ ДО СУЧАСНИХ
ВИКЛИКІВ ТА АДАПТАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА
(Ганна ВЛАСОВА (ЦИМБАЛ).....659

Розділ 7. СТРАТЕГІЇ РОБОТИ З ДОКАЗАМИ, ЩО МАЮТЬ ЕЛЕКТРОННУ ФОРМУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ (Інга КАЛАНЧА) 680

Розділ 8. ДАВАННЯ ЗАВІДОМО НЕПРАВДИВИХ ПОКАЗАНЬ ОСОБОЮ, ЩОДО ЯКОЇ ЗДІЙСНЮЄТЬСЯ КРИМІНАЛЬНЕ ПЕРЕСЛІДУВАННЯ: ПРОЯВ СВОБОДИ ВІД САМОВИКРИТТЯ ЧИ ПОРУШЕННЯ ІНТЕРЕСІВ НЕПРАВДИВО ЗВИНУВАЧЕНОГО? (Віра НАВРОЦЬКА) 719

КНИГА 3.
РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ПРАВОСУДДЯ ТА СУДОВОЇ ВЛАДИ В УМОВАХ ВІЙНИ ТА ПОВОЄННОЇ ВІДБУДОВИ

Розділ 1. ПЕРЕХІДНЕ ПРАВОСУДДЯ ЯК МОДЕЛЬ ПОСТВОЄННОГО ВІДНОВЛЕННЯ: СТРАТЕГІЯ ДЛЯ УКРАЇНИ (Оксана КВАША) 736

Розділ 2. СУДОВА ВЛАДА УКРАЇНИ В УМОВАХ СТВЕРДЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ДЕРЖАВНОСТІ ТА ПРОЦЕСУ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ (Сергій ПРИЛУЦЬКИЙ) 767

Розділ 3. СУДОВА ВЛАДА УКРАЇНИ НА ШЛЯХУ ДО ЄВРОСОЮЗУ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРОТИДІЇ ПОЛІТИЧНІЙ КОРУПЦІЇ (Сергій ПРИЛУЦЬКИЙ, Ольга СТРЄЛЬЦОВА) 818

Розділ 4. КВАЛІФІКАЦІЙНЕ ОЦІНЮВАННЯ СУДДІВ (КАНДИДАТІВ НА ПОСАДУ СУДДІ): У ПОШУКУ ОПТИМАЛЬНИХ ІНСТРУМЕНТІВ ВСТАНОВЛЕННЯ ВІДПОВІДНОСТІ КРИТЕРІЯМ КОМПЕТЕНТНОСТІ, ДОБРОЧЕСНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ЕТИКИ (Руслан МЕЛЬНИК) 843

Розділ 5. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ВЕРХОВНОГО СУДУ: ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА СУЧАСНИЙ СТАН (Оксана ЧАПЛЮК) 887

ПЕРЕДМОВА

Правотворча діяльність Верховної Ради України має здійснюватися на основі належної науково-методологічної основи. У сфері кримінальної юстиції це, перш за все, вимагає здатності чітко визначати актуальні потреби та запропонувати дієві рішення – як для сьогоднішніх викликів, так і майбутніх.

Сьогоднішні виклики стосуються питань, безпосередньо пов'язаних з війною та воєнним станом, але у перспективі їх спектр набагато ширший – питання перехідного правосуддя, забезпечення прав і свобод громадян України, відновлення справедливості. У цих умовах видається правильним напрацювати певний фундамент для подальшої правотворчої діяльності як під час триваючої війни, так і в період повоєнної відбудови України.

Монографічне дослідження колективу авторів, присвячене проблемі концептуальних засад правотворчості у сфері кримінальної юстиції, є важливим кроком в цьому напрямку.

У межах цієї монографії під кутом зору адаптивності до вирішення проблем воєнного періоду піднімаються актуальні питання розвитку кримінального законодавства, його модернізації та вдосконалення (криміналізація, декриміналізація, диференціація, пеналізація та депеналізація). Окрім того, авторами звертається увага на раціоналізацію кримінально-правової правотворчості, проблематику статусу потерпілого, а також на окремих гендерних підходах під час оновлення кримінального законодавства України.

Монографія охоплює такі актуальні питання як потреба у цифровізації кримінального провадження, визначення правового інституту військовополонених, удосконалення кримінального процесу та запобігання зловживанню процесуальними правами. Важливо, що у монографії наведено концептуальні аспекти розвитку законодавства про судову владу та судоустрій, зокрема необхідність розробки стратегії перехідного правосуддя як моделі післявоєнного відновлення України.

Переконаний, що ця монографія стане належним підґрунтям для розвитку законодавчої бази у кримінальній юстиції, а її ідеї будуть враховані в діяльності Верховної Ради України, її комітетів та народних депутатів України.

Голова Комітету Верховної Ради України
з питань правової політики
Денис Маслов

ПЕРЕДМОВА

Судочинство в Україні потребує якісного кримінального та кримінального процесуального законодавства, яке ґрунтується як на методологічних засадах правоутворення, так і на європейських цінностях, що обумовлено особливостями наявних глобальних викликів та інтеграційних процесів. Процеси глобалізації, інтеграція до міжнародних структур, зокрема Європейського Союзу, вимагають гармонізації кримінального та кримінального процесуального законодавства України з міжнародними стандартами. Дослідження у сфері правоутворення допомагають виявити і врахувати кращі світові практики, сприяти правовій інтеграції та забезпечити відповідність українських норм міжнародним стандартам.

До сучасних викликів вітчизняного правоутворення, зокрема, у сфері кримінально-правового регулювання та кримінального процесуального забезпечення належить зміна ролі форм правоутворення, особливо в частині посилення ролі судової правотворчості, яка поступово стає важливим елементом правової системи України.

Судова правотворчість формується передусім Верховним Судом, який забезпечує сталість та єдність судової практики в Україні. Саме Верховний Суд забезпечує формування єдиних підходів до застосування норм права. Верховний Суд, не підміняючи собою законодавця, усуває розбіжності в рішеннях судів першої та апеляційної інстанції, формулюючи ті правові орієнтири, якими керуються суди нижчестоящих інстанцій під час прийняття судових рішень.

Правові висновки Верховного Суду приймаються у найбільш складних випадках правозастосування, коли існують різні точки зору науковців та практиків на вирішення одного й того ж питання, а з норми права, яка підлягає застосуванню, не можливо зробити однозначний висновок стосовно вирішення правозастосовної ситуації. До формування правових висновків залучаються й науковці, члени Науково-консультативної ради при Верховному Суді, які надають свої науково-правові висновки на запит суддів, які розглядають відповідне кримінальне провадження. Такі правові висновки допомагають не лише забезпечити єдність та сталість судової практики, а й виявити нормотворчі помилки, які підлягають виправленню в процесі поточної правотворчості, прогалини та колізії кримінального та кримінального процесуального законодавства України.

Монографія щодо проблем правотворчості у сфері кримінальної юстиції, яка підготовлена в Інституті держави і права імені В. М. Корецького НАН України, містить загальнометодологічні засади формування якісного кримінального та кримінального процесуального законодавства, а також законодавства у сфері судової влади та судоустрою. Впевнений, що запропоновані авторами монографії шляхи вдосконалення цього законодавства можуть стати дороговказом для законодавця та здатні позитивно вплинути на сталість та єдність судової практики в Україні.

Голова Верховного Суду,
кандидат юридичних наук
Станіслав КРАВЧЕНКО

Монографія «***Концептуальні засади правотворчості у сфері кримінальної юстиції***» є результатом унікального поєднання теоретичних та прикладних знань. Праця містить глибокий аналіз та осмислення сучасних викликів, що стоять перед українською правовою системою, зокрема у сферах кримінального матеріального й процесуального права, а також правосуддя.

Монографія об'єднує дослідження провідних в Україні фахівців в галузі кримінальної юстиції, які зосередилися на модернізації кримінального та кримінального процесуального законодавства, зокрема, інтерес становлять наукові дослідження щодо траєкторії кримінально-правової норми у правотворчості, парадигми криміналізації та декриміналізації поведінки людини відповідно до викликів воєнного та повоєнного періодів. На особливу увагу заслуговує визначення в монографії адаптивності кримінально-правової політики.

Одним із наріжних каменів, що визначає стратегічне бачення європейського майбутнього української юстиції, є вдосконалення діяльності судової системи та визначення ролі судової влади України в умовах ствердження національної державності та процесу євроінтеграції. Слід відмітити і увагу авторів колективної праці до проблем кваліфікаційного оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді). Так, Вища рада правосуддя приділяє значну увагу пошуку оптимальних інструментів встановлення відповідності суддів (кандидатів на посаду судді) критеріям компетентності, доброчесності та професійної етики.

В контексті викликів, які постали перед судовою системою в умовах війни, та в перспективі повоєнної відбудови держави, потребує особливої уваги проблема розробки стратегії перехідного правосуддя. Це питання є критично важливим для забезпечення справедливості поствоєнного правосуддя в Україні. Заслуговує на увагу та потребує фахового обговорення запропонована на основі міжнародного досвіду модель перехідного правосуддя, яка може лягти в основу стратегії транзитивної юстиції в Україні.

Сподіваюся, що ця монографія стане цінним ресурсом для науковців, практиків, законодавців та всіх, хто зацікавлений у формуванні якісної та справедливої кримінальної юстиції в Україні, насамперед в контексті перспективи поствоєнного відновлення та європейської інтеграції.

Голова Вищої ради правосуддя
Григорій УСИК

Проблематика правотворчої діяльності є вкрай важливою та затребуваною в сучасних умовах, що обумовлено передусім динамічними соціальними, політичними та економічними перетвореннями, які відбуваються в суспільстві, необхідністю адаптації національної правової системи до вимог сьогодення та міжнародних стандартів, передусім в контексті євроінтеграційних процесів України. Її актуальність також зумовлена потребами забезпечення високої якості та ефективності нормативно-правових актів, їх узгодженості та системності; необхідністю врахування інтересів різних соціальних груп та забезпечення системного характеру законодавства; складністю та багатофакторністю самого процесу правотворення, що включає політичні, економічні, гносеологічні, соціальні та юридичні чинники; прагненням мінімізувати недоліки у змісті та формі нормативно-правових актів, які можуть негативно впливати на правозастосовну діяльність та правопорядок; викликами воєнного стану, що вимагають оперативного та адекватного правового регулювання для забезпечення стабільності, безпеки та ефективного функціонування суспільства та держави, окремих державних та громадських інституцій.

Цінність монографії з проблем концептуальних засад правотворчості у сфері кримінальної юстиції полягає в тому, що в ній комплексно досліджено загальнотеоретичні аспекти правотворчої діяльності у сфері кримінального права, кримінального процесу, а також судоустрою та судової влади. Авторам монографії вдалося запропонувати концептуальну модель правотворчості у відповідних сферах, яка орієнтована як на воєнний час, так і на етап повоєнної відбудови України.

Монографічне дослідження враховує сучасний стан та динаміку кримінального, кримінального процесуального законодавства та законодавства у сфері судоустрою та судової влади, ґрунтується на сучасних наукових дослідженнях та відбиває основні підходи судової практики.

Згадане дає підстави для висновку, що монографія стане в пригоді законодавцю, суддям, правоохоронцям, науковцям, аспірантам, студентам та всім, кому цікаві проблеми правотворчості у галузі кримінального права, кримінального процесуального права, судоустрою та судової влади.

Доктор юридичних наук, професор, академік
Національної академії правових наук
України, Виконувач обов'язків Голови
Конституційного Суду України
Олександр ПЕТРИШИН

Формування ефективної антикорупційної політики та вдосконалення правотворчості у сферах кримінального та кримінального процесуального права, правосуддя і судової влади є одним із ключових завдань для сучасного етапу державотворення.

Євроінтеграційний курс України, підвищення інституційної спроможності органів кримінальної юстиції, адаптація кримінально-правової політики до умов воєнного стану та розвиток перехідного правосуддя обумовлюють потребу у виробленні інноваційних та ефективних інституційних рішень. У таких умовах особливого значення набувають праці, спрямовані на комплексне осмислення концептуальних засад правотворчості у сфері кримінальної юстиції.

У цьому контексті важливо враховувати й сучасні процеси, спрямовані на формування державної антикорупційної політики.

Станом на сьогодні Національним агентством з питань запобігання корупції завершується підготовка проекту Антикорупційної стратегії на 2026-2030 роки, в ході якої було проведено комплексну інвентаризацію всіх функцій держави та сформовано узагальнений перелік сфер публічної політики, після чого здійснено їх ранжування за рівнем ураженості корупцією.

Комплексну роботу з ідентифікації проблематики в окремих сферах публічної політики забезпечували команди експертів, до складу яких загалом увійшло понад 120 осіб. У цих командах були представники Національного агентства, експерти громадських організацій, а також фахівці міжнародних проектів технічної допомоги.

Такий підхід забезпечив можливість визначити пріоритетні напрями державної антикорупційної політики, якісно проаналізувавши корупційні ризики у відповідних сферах та сформувати обґрунтовані пропозиції, у тому числі, в частині удосконалення кримінального та кримінального процесуального законодавства.

У цьому розрізі особливої актуальності набувають наукові праці, присвячені дослідженню концептуальних засад розвитку кримінальної юстиції та її правотворчих механізмів.

Представлена монографія є саме таким комплексним науковим доробком. Вона складається з трьох книг, у яких системно розкрито ключові напрями модернізації правотворчих процесів у вищевказаних сферах.

Перша книга присвячена концептуальним засадам правотворчості у сфері кримінального права. До неї увійшли розділи, що стосуються модернізації кримінального законодавства України, особливостей створення національного кримінального законодавства, траєкторії кримінально-правової норми у правотворчості, обчислювального кримінологічного аргументування, питань адаптивності кримінально-правової політики у воєнний період, парадигми криміналізації та декриміналізації, розвитку диференціації кримінальної відповідальності, а також оновлення законодавства у сфері гендерних студій і протидії сексуальному насильству.

Друга книга висвітлює концептуальні засади розвитку кримінального процесуального права. У ній висвітлено напрями цифровізації кримінального провадження, відновлення втрачених матеріалів, удосконалення правового регулювання щодо військовополонених, питання виявлення та реагування на зловживання у кримінальному процесі, реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні, функціонування спрощених процедур в реаліях сьогодення, особливості роботи з електронними доказами та інші важливі аспекти модернізації кримінального процесу.

Третя книга присвячена правотворчості у сфері правосуддя та судової влади. У ній розглянуто перехідне правосуддя як модель поствоєнного відновлення, особливості функціонування судової влади в умовах утвердження державності та процесів євроінтеграції, питання протидії політичній корупції та проблематику кваліфікаційного оцінювання суддів з огляду на критерії компетентності, доброчесності та професійної етики.

Монографія відрізняється масштабністю охоплення тематики, а її структура дозволяє відзначити логічність побудови роботи та послідовність переходу від загальнотеоретичних питань до спеціальних проблем. Виокремлення пріоритетних сфер дослідження дозволяє досягнути глибини аналізу, зберігаючи комплексність дослідження, а наявність розділів, присвячених воєнному та поствоєнному періодам підкреслює намагання авторів поєднати теоретичну складову з викликами сьогодення.

У цілому монографія є комплексним, актуальним і соціально значущим науковим доробком, спрямованим на висвітлення концептуальних засад правотворчості у сфері кримінальної юстиції, слугуватиме основою для подальших наукових напрацювань у вказаній сфері. Проведене дослідження також стане корисним аналітичним підгрунтям для напрацювання заходів Державної антикорупційної програми на 2026-2030 роки.

Голова Національного агентства
з питань запобігання корупції
Віктор ПАВЛУЩИК

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

АРК	— Автономна Республіка Крим
БЕБ	— Бюро економічної безпеки України
ВАКС	— Вищий антикорупційний суд
ВККС	— Вища кваліфікаційна комісія суддів України
ВП ВС	— Велика Палата Верховного Суду
ВРП	— Вища рада правосуддя
ВРУ	— Верховна Рада України
ВАСУ	— Вищий адміністративний суд України
ВГСУ	— Вищий господарський суд України
ВС	— Верховний Суд
ВССУ	— Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних та кримінальнх справ
ВСУ	— Верховний Суд України
ДБР	— Державне бюро розслідувань
ДСА	— Державна судова адміністрація України
ЄКПЛ	— Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
ЄРДР	— Єдиний реєстр досудових розслідувань
ЄС	— Європейський Союз
ЄСПЛ	— Європейський суд з прав людини
Закон	— Закон України
ЗКПХ	— заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб
ЗСУ	— Збройні Сили України
КВК	— Кримінально-виконавчий кодекс України
КК	— Кримінальний кодекс України 2001 року

ККС	— Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду
КМУ	— Кабінет Міністрів України
КПК	— Кримінальний процесуальний кодекс України
КСУ	— Конституційний Суд України
КУпАП	— Кодекс України про адміністративні правопорушення
МВФ	— Міжнародний валютний фонд
МКС	— Міжнародний кримінальний суд
НАБУ	— Національне антикорупційне бюро України
НМДГ	— неоподатковуваний мінімум доходів громадян
ОГП	— Офіс Генерального прокурора
ООН	— Організація Об'єднаних Націй
ОП ККС	— Об'єднана палата Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду
РЄ	— Рада Європи
Римський статут	— Римський статут Міжнародного кримінального суду
РФ	— Російська Федерація
САП	— Спеціалізована антикорупційна прокуратура
СБУ	— Служба безпеки України
ТОТ	— тимчасово окуповані території

КНИГА 1

Концептуальні засади правотворчості у сфері кримінального права

Розділ 1. МОДЕРНІЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЯК НАПРЯМ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ

Зоя ЗАГИНЕЙ-ЗАБОЛОТЕНКО,
доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу проблем кримінальної юстиції та кримінології Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8679-124X

Анотація. У цьому розділі монографії висвітлено ключові аспекти модернізації кримінального законодавства України як напряму кримінально-правової правотворчості. У межах цього розділу визначено авторський підхід до розуміння поняття «модернізація кримінального законодавства України» та його співвідношення з суміжними поняттями, як-от «вдосконалення кримінального законодавства України» та «новелізація кримінального законодавства України». Виокремлено принципи такої модернізації, до яких віднесено принципи розумності, повноти кримінально-правового припису та відсутності прогалин, синхронізації та охарактеризовано в загальних рисах зміст кожного з них. Охарактеризовано коригуючу законотворчість у галузі кримінального права України у формах внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України, а також викладення у нових редакціях його статей, з моменту набрання чинності цим Кодексом до сьогодення та встановлено, в якому випадку коригування кримінального законодавства України носило модернізуючий характер. Визначено особливості та протяжність антикорупційної та воєнної модернізації кримінального законодавства України, обумовлені, зокрема, необхідністю приведення кримінального законодавства України з міжнародними зобов'язаннями нашої держави, а також оперативного коригування кримінального законодавства України після початку гібридної війни Росії в Україні у 2014 році та її переростання у міжнародний збройний конфлікт у 2024 році. На прикладі «реанімації» статті, в якій передбачається кримінальна відповідальність за незаконне перетинання державного кордону України, продемонстровано, що така «реанімація» може свідчити про модернізацію кримінального законодавства України. Розглянуто техніко-юридичні

аспекти модернізації кримінального законодавства України, які мають екстраординарний характер, а саме особливості набрання чинності інститутом застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, визначення, в якій редакції на сьогодні є чинною стаття 325 Кримінального кодексу України, встановлення того, що таке еталонний текст Кримінального кодексу України та з якого тексту потрібно виходити, якщо мають місце відмінності між еталонним текстом цього Кодексу та тим текстом, який розміщено на офіційному вебсайті Парламенту.

Ключові слова: правотворчість у галузі кримінального права України, модернізація кримінального законодавства України, принципи модернізації кримінального законодавства України, внесення змін та доповнень, антикорупційна модернізація, воєнна модернізація, корупційні кримінальні правопорушення, злочини проти основ національної безпеки, воєнні злочини, колабораційна діяльність, пособництво державі–агресору, еталонний текст Кримінального кодексу України, чинність та дія закону, правова визначеність, кримінальне правопорушення, судова практика, правові висновки Верховного Суду, кваліфікація, кримінальна відповідальність, статті Кримінального кодексу України.

Zoia ZAHYNEI-ZABOLOTENKO

MODERNIZATION OF CRIMINAL LEGISLATION IN UKRAINE AS A DIRECTION OF CRIMINAL LAWMAKING

Abstract. This section of the monograph highlights key aspects of the modernization of Ukrainian criminal law as a direction of criminal lawmaking. Within this section, the author's approach to understanding the concept of «modernization of Ukraine's criminal legislation» and its relationship with related concepts, such as «improvement of Ukraine's criminal legislation» and «novelization of Ukraine's criminal legislation», is defined. The principles of such modernization are highlighted, including the principles of reasonableness, completeness of criminal law provisions, and absence of gaps and synchronization, and the content of each of them is described in general terms. Corrective lawmaking in the field of criminal law of Ukraine is characterized in the form of amendments and additions to the Criminal Code of Ukraine, as well as the presentation of new versions of its articles, from the moment this Code came into force to the present day, and it is established in which cases the correction of the criminal legislation of Ukraine was of a modernizing nature. The peculiarities and scope of

anti-corruption and military modernization of Ukraine's criminal legislation have been identified, due, in particular, by the need to bring Ukraine's criminal legislation into line with our country's international obligations, as well as by the urgent need to amend Ukraine's criminal legislation after the start of Russia's hybrid war in Ukraine in 2014 and its escalation into an international armed conflict in 2024. The example of the «resuscitation» of an article providing for criminal liability for illegal crossing of the state border of Ukraine demonstrates that such «resuscitation» may indicate the modernization of Ukraine's criminal legislation. The technical and legal aspects of the modernization of Ukraine's criminal legislation, which are of an extraordinary nature, are considered, namely the peculiarities of the entry into force of the institution of applying criminal measures against legal entities, determining which version of Article 325 of the Criminal Code of Ukraine is currently in force, establishing what the reference text of the Criminal Code of Ukraine is and which text should be used as a basis if there are differences between the reference text of this Code and the text posted on the official website of the Parliament.

Key words: lawmaking in the field of criminal law of Ukraine, modernization of criminal legislation of Ukraine, principles of modernization of criminal legislation of Ukraine, amendments and additions, anti-corruption modernization, military modernization, corruption-related criminal offenses, crimes against the foundations of national security, war crimes, collaboration, aiding an aggressor state, the reference text of the Criminal Code of Ukraine, the validity and effect of the law, legal certainty, criminal offenses, judicial practice, legal conclusions of the Supreme Court, classification, criminal liability, articles of the Criminal Code of Ukraine.

Одним із напрямків правотворчості загалом та правотворчості в галузі кримінального права зокрема є модернізація законодавства з урахуванням зміни парадигми відповідного сегменту порядку суспільних відносин, який потребує нового нормативного впорядкування. У випадку з кримінальним законодавством України його модернізація відбувається у зв'язку з тим, що відповідний сегмент порядку суспільних відносин потребує кримінально-правового забезпечення охорони. У межах цього розділу визначимо авторський підхід до розуміння поняття «модернізація кримінального законодавства України» та його співвідношення з суміжними поняттями, як-от «вдосконалення» та «новелізація» кримінального законодавства України; виокремимо принципи такої модернізації та охарактеризуємо в загальних рисах кожен з них;

охарактеризуємо коригуючу законотворчість у галузі кримінального права України з моменту набрання чинності КК до сьогодення, встановимо, в якому випадку вона носила модернізуючий характер; зупинимося на особливостях та протяжності антикорупційної та воєнної модернізації кримінального законодавства України; визначимося, в яких випадках «реанімація» кримінально-правових норм впливала на модернізацію кримінального законодавства України; зупинимося також на технікоюридичних аспектах модернізації кримінального законодавства України.

І. Поняття модернізації кримінального законодавства України

Перш за все звернемо увагу на те, що поняття «модернізація законодавства» не є загальноприйнятним у науковому обігу. В. І. Риндюк пише про те, що «в юридичній літературі, коли йдеться про діяльність, пов'язану із законодавством, використовується значна кількість різних термінів, схожих за їх значенням із терміном «упорядкування законодавства». Зокрема, вказаними термінами є такі, як «розвиток», «удосконалення», «новелізація», «реформування», «модернізація», «систематизація», «облік», «інвентаризація», «інкорпорація», «консолідація», «кодифікація», «ревізія», «уніфікація», «стандартизація», «гармонізація», «адаптація», «акультурація» (законодавства) тощо. Необхідно, однак, сказати, що значна частина цих термінів не мають чітких визначень в теорії права і часто використовуються як тотожні або такі, що є само собою зрозумілими, і не потребують їх спеціального трактування»[1].

У переважній більшості випадків науковці послуговуються таким термінологічним зворотом, як «удосконалення законодавства». Так, В. М. Косович розуміє під ним «здійснювану спеціально уповноваженими суб'єктами за допомогою техніко-технологічного інструментарію нормотворення юридичну діяльність, спрямовану на недопущення та усунення недоліків у нормативно-правових актах»[2], а О. І. Ющик розглядає вдосконалення законодавства з таким аспектом

[1] Риндюк В. І. Упорядкування законодавства України : теоретико-методологічний та техніко-юридичний аспекти : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.01 ; Держ. вищий навч. заклад «Київський нац. економ. ун-т ім. В. Гетьмана», Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ, 2021. С. 28.

[2] Косович В. М. Загальнотеоретичні аспекти удосконалення нормативно-правових актів : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.01 ; Львів. Нац. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2015. 488 с. С. 396.

розвитку законодавства, який пов'язаний виключно з його свідомим цілеспрямованим поліпшенням[3].

Науковці часто послуговуються також таким поняттям, як «новелізація законодавства», іменуючи нові норми, статті тощо «новелами». Слово «новелізація» в українській мові має юридичну природу, оскільки переважно використовується в працях юристів, в яких описуються та характеризуються зміни до законодавства, зокрема кримінального[4]. Як вбачається з публікацій, в яких йде мова про новелізацію кримінального законодавства України, науковці характеризують зміни і доповнення КК, висловлюючи своє ставлення до них.

У теорії права науковці вважають, що новелізація — це «вироблення положень нових юридичних норм, необхідних для повного і адекватного правового регулювання ними суспільних відносин, зумовленого політичною доцільністю», у результаті якої «змінюється зміст нормативно-правового регулювання, змістовне наповнення системи законодавства»[5].

У кримінально-правовій літературі ще більш популярним є термін «новела» кримінального законодавства / КК України, законодавча «новела» тощо[6]. Знову ж таки, вчені-криміналісти асоціюють «новели» в такому розумінні зі зміненими чи доповненими кримінально-правовими нормами (статтями КК).

---

[3] Ющик О. І. Упорядкування законодавства — пріоритетний напрям правової політики України. *Правова держава.* 2007. Вип. 18. С. 43.

[4] Демидова Л. М. Новелізація положень Кримінального кодексу України щодо кримінальних правопорушень проти громадської безпек. *Наук. вісник Ужгородського ун-ту : серія Право*. 2023. Т. 2. Вип. 78. С. 160–167 ; Туляков В. О. Нейрокримінологія та питання реформи кримінального права. *Кримінально-правова правотворчість: визначення та значення* : зб. тез міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 28 трав. 2021 р.). Одеса : Гельветика, 2021. С. 37–41 ; Тютюгін В. І. Чергові плоди безсистемної «новелізпції» кримінального законодавства України. *Вісник Асоціації кримінального права України.* 2023. № 1 (19). С. 26–52 ; Пономаренко Ю. А. Новелізація положень КК щодо обставин, які виключають кримінальне правопорушення, в умовах воєнного стану. *Вісник Асоціації кримінального права України.* 2022. № 1 (17). С. 1–23.

[5] Кодифікація законодавства України: теорія, методологія, техніка / Ю. С. Шемшученко, О. І. Ющик, Л. М. Горбунова, М. О. Теплюк, Л. В. Гульченко, В. І. Риндюк; за заг. ред. О. І. Ющика. Київ : Парламентське вид–во, 290 2007. С. 69–70.

[6] Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану : наук.-практ. комент. / А. А. Вознюк, О. О. Дудоров, Р. О. Мовчан, С. С. Чернявський та ін. ; за ред. А. А. Вознюка, Р. О. Мовчана, В. В. Чернєя. Київ: Норма права, 2022. 278 с. ; Мовчан Р. О. «Воєнні» новели Кримінального кодексу України: правотворчі та правозастосовні проблеми : монограф. Київ : Норма права, 2022. 244 с.; Мирошниченко Н. А., Степаненко О. В. Деякі законодавчі новели у проєкті КК України в порівнянні з чинним КК України. *Вісник Асоціації кримінального права України.* 2024. № 2 (22). С. 101–115.

Чи не найбільш ґрунтовно норми-новели у своїх працях дослідила Д. О. Балобанова. Ця дослідниця з точки зору динаміки кримінального права одночасно з усталеними нормами, «які історично були сформовані його доктриною і містять ознаки наступності та узгодженості» виокремлює норми-новели, тобто «норми, які безпосередньо (в певній редакції) виникли внаслідок законодавчих інновацій, у тому числі, ті, які були прийняті внаслідок імплементації та уніфікації норм міжнародного права»[7]. При цьому ця вчена пише про те, що саме через новели — норми, частини норм або зміни наявних положень статей Особливої частини КК відбувалася основна динаміка законотворчості протягом 2001–2020 рр., а не через реформи[8]. Відповідно вказаним положенням, а також на інших сторінках своєї праці Д. О. Балобанова розвиток (зміну) кримінального законодавства України розуміє крізь призму реформування (реформ) та новелізації (новел)[9]. При цьому прийняття новел без дотримання наступності та узгодженості вчена відносить до законодавчої інверсії в кримінальному праві[10].

Водночас неважко помітити, що «новела» — це запозичений термін з літературознавства. Під новелою зазвичай розуміється невеликий розповідний художній твір про незвичайну життєву подію з несподіваним фіналом[11]. Однак у цьому ж словнику наводиться й юридичне визначення поняття «новели» як нового закону, за яким до чинного законодавства вносяться зміни чи доповнення[12]. Хоча термін «новела» та похідний від нього термін «новелізація» широко використовується в наукових працях, все ж вважаємо, що не варто зловживати використанням літературознавчої термінології у правовому полі. Насамперед тому, що відбувається змішування термінології різних сфер знань. Окрім того, можна замінити використання

[7] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження) : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.08 ; Нац. ун-т «Одеська юрид. академія», Одеський держ. ун-т внутр. справ. Одеса, 2021. С. 36, 291.

[8] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження). Там само. С. 191.

[9] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження). Там само. С. 251, 256.

[10] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження). Там само. С. 289.

[11] Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / упоряд. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ — Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 789.

[12] Великий тлумачний словник сучасної української мови. Там само. С. 789.

терміна «новела»» на «новий закон», «нова стаття», «нова норма» без шкоди змісту[13].

Ще один термін, який хоча й рідко вживають у наукових працях з права, — це «модернізація», «модернізувати» (*від фр. moderne* — новітній, сучасний). Який означає «оновлення, удосконалення, надання будь-чому сучасного вигляду, переробка відповідно до сучасних вимог»; «змінювати, вдосконалювати відповідно до сучасних вимог і смаків»[14]. Наприклад, О. Зельдіна та В. Гришко зауважують, що термін «модернізація» у сфері права широко узвичаївся і використовується у науковій літературі. На думку цих дослідників, які проаналізували наукові джерела з теорії права, модернізація забезпечує хоча б у деяких сферах права відносно швидке правове регулювання суспільних відносин в реальному часі або навіть випереджаюче регулювання окремих суспільних процесів, які тільки починають позначати свої тенденції і потребують завчасної корекції. Модернізація законодавства передбачає не просто підвищення якості законодавства або додавання нових можливостей правового регулювання, а підвищення його ефективності за рахунок формування нових типів взаємодії[15]. Як пише В. І. Риндюк, слово «модернізація» пов'язане з осучасненням об'єкта, отже модернізація законодавства уявляється як розвиток законодавства з акцентом на його осучасненні, зокрема, у зв'язку з необхідністю привести законодавство у відповідність до новітніх досягнень науки й техніки, стану сучасного розвитку суспільства тощо. «Іншими словами, модернізація законодавства є масштабною новелізацією законодавства, пов'язаною з його осучасненням. По суті, модернізація в такому розумінні означає одну з характеристик новелізації законодавства»[16].

Т. А. Боброва пише про те, що «під модернізацією права мається на увазі його адаптація до сучасних умов», яка «включає в себе й

13

[13] Загиней-Заболотенко З. А. До проблеми розуміння модернізації кримінального законодавства України як напряму кримінально-правової правотворчості. *Наук. вісник Ужгородського нац. ун-ту. Серія ПРАВО.* 2025. Вип. 90 : ч. 4. С. 58. URL: https://visnyk-jurisuzhnu.com/wp-content/uploads/2025/09/9-3.pdf

14[2]

[14] Модернізувати. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980) : в 11 т. Т. 4, 1973. С. 776. URL: https://sum.in.ua/s/modernizuvaty ; Модернізація. Словник іншомовних слів. URL: https://www.jnsm.com.ua/cgi-bin/u/book/sis.pl?Article=12354&action=show

[15] Зельдіна О., Гришко В. Поняття та напрями модернізації господарського законодавства. Юридична Україна. 2015. № 7–8. С. 59.

[16] Риндюк В. І. Упорядкування законодавства України: теоретико-методологічний та техніко-юридичний аспекти. *Там само.* С. 32.

інтернаціоналізацію міжнародних принципів задля того, щоб протиріччя могли бути зменшені шляхом застосування загальних стандартів»[17].

Як вбачається зі значення слів «модернізувати», «модернізація», їхній зміст пов'язується з такими словами, як «сучасний», «сучасність». «Сучасний» — який стоїть на рівні свого віку, відповідає вимогам свого часу, викликаний його потребами, «сучасність» — сучасна епоха, дійсність, сучасне життя[18]. Таким чином, у контексті розуміння процесів модернізації ключовим слід вважати «певні об'єктивні тенденції, виклики, вимоги сучасної дійсності, що об'єктивно вимагають від уповноважених суб'єктів цілеспрямованих дій з осучаснення об'єкта модернізації, без чого він втрачає свою адаптивність до існуючої реальності та стає несучасним, хоча залишається функціонуючим в одну і ту саму епоху з чинниками, які на нього фактично впливають»[19].

«В англійській мові термін «сучасний» виражається у двох лексичних одиницях — *contemporary* та *modern*, де різниця, скоріш за все, якраз і полягає у простій належності об'єкта мовлення до конкретної історичної епохи (*contemporary*) або ж наявності у нього тих якостей, які відповідають сучасним вимогам та умовам (*modern*). Таким чином, практичним результатом суспільної модернізації є пристосування вже існуючого у теперішній час об'єкта матеріального світу до сучасних умов життя, тенденцій оточуючої дійсності, що дозволяє такому об'єкту зберегти свою життєздатність як у цю епоху, так і у контексті майбутнього часу (що складає діалектичне завдання постмодернізаційних процесів)»[20].

Цілком поділяємо висловлений підхід до поняття правової модернізації та вважаємо, що ***під модернізацією кримінального законодавства України*** слід розуміти такий напрям правотворчості у галузі кримінального права, юридичну діяльність спеціально уповноваженого суб'єкта (ВРУ), який з урахуванням об'єктивних тенденцій, викликів, вимог сучасної дійсності змінює та доповнює чинний КК з метою підтримання його адаптивності до існуючого порядку суспільних відносин та приводить

---

[17] Боброва Т. А. Негативна правотворчість та її роль в удосконаленні сучасного права : дис. … д-ра філософії : 081 — Право ; Нац. ун-т «Одеська юрид. академія. Одеса, 2023. С. 71, 107.

[18] Великий тлумачний словник сучасної української мови. *Там само*. С. 1418.

[19] Юрлов М. М. Правова модернізація як фактор впливу на сучасні інституціональні структури в умовах глобалізаційних процесів : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Маріупольський держ. ун-т. Маріуполь, 2012. С. 43.

[20] Юрлов М. М. Правова модернізація як фактор впливу на сучасні інституціональні структури в умовах глобалізаційних процесів. *Там само*. С. 44.

його нормативні положення до сучасного стану такого порядку і його нормативного регулювання, орієнтуючись на вимоги майбутнього часу[21].

Таким чином, на нашу думку, модернізація кримінального законодавства України характеризується такими істотними ознаками: 1) напрям правотворчості у галузі кримінального права України; 2) юридична діяльність спеціально уповноваженого суб'єкта (ВРУ); 3) ураховує об'єктивні тенденції, виклики, вимоги сучасної дійсності; 4) форма — зміна та доповнення чинного КК, а також викладення в новій редакції статей цього Кодексу; 5) мета — підтримання адаптивності кримінального законодавства України до існуючого порядку суспільних відносин та орієнтація на вимоги майбутнього часу; 6) результат — приведення нормативних положень КК до сучасного стану порядку суспільних відносин та його нормативного регулювання[22].

Таке визначення має загальний характер та не претендує на універсальність, однак у ньому відображено ті істотні ознаки, які характеризують модернізацію кримінального законодавства України та показують її відмінність від інших аналогічних понять, які використовуються науковцями, зокрема, йдеться про поняття «вдосконалення» та «новелізація», зміст яких у загальних рисах розкривався вище.

ІІ. Принципи кримінально-правової правотворчості, яка модернізує кримінальне законодавство України

Згідно зі ст. 3 Закону «Про правотворчу діяльність» правотворча діяльність здійснюється відповідно до принципів: 1) верховенства права, що включає, але не виключно, принципи законності, юридичної визначеності, запобігання зловживанню повноваженнями, рівності перед законом та недискримінації, доступу до правосуддя; 2) пріоритетності утвердження та забезпечення прав і свобод людини, дотримання міжнародних стандартів у сфері прав людини; 3) демократичності; 4) пропорційності; 5) необхідності та обґрунтованості; 6) системності; 7) наукового забезпечення; 8) ресурсної забезпеченості[23].

Саме такі принципи можна вважати наскрізними та універсальними, які пронизують усі сфери правотворчої діяльності. Водночас

21

[21] Загиней-Заболотенко З. А. До проблеми розуміння модернізації кримінального законодавства України як напряму кримінально-правової правотворчості. *Там само.* С. 59. URL: https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2025/09/9-3.pdf

23

[22] Там само.

[23] Про правотворчу діяльність : Закон від 24.08.2023 № 3354-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3354-20#Text

конкретний вид правотворчості у відповідній галузі має свої принципи, притаманні відповідному виду правотворчої діяльності.

Виокремлення принципів кримінально-правової правотворчості має визначатися з урахуванням особливостей кримінально-правового регулювання, під яким розуміється «впорядкування суспільних відносин правовими засобами, зазначивши, що регулювання кримінально-правових відносин — це впорядкування за допомогою норм кримінального права і сукупності правових засобів суспільних відносин між особою, яка вчинила передбачене кримінальним законом суспільно небезпечне діяння, і державою з приводу застосування кримінальної відповідальності та (або) інших заходів кримінально-правового характеру»[24]. Зокрема, наріжним каменем кримінально-правової правотворчості є такий принцип кримінально-правового регулювання, як принцип *ultima ratio* (останнього аргументу), відповідно до якого кримінальна відповідальність іманентно пов'язана із найсуворішими обмеженнями прав та свобод людини[25]. Застосування принципу *ultima ratio* є вкрай важливим у правотворчій діяльності[26]. «В правотворчому аспекті він має значення як критерій криміналізації та пеналізації — тобто вимога застосування крайнього засобу (кримінально-правового) лише тоді, коли не існує іншого способу регулювання, рівного за ефективністю — але з меншими втратами для інших цінностей»[27].

На нашу думку, спеціальними принципами кримінально-правової правотворчості доцільно визнавати такі: 1) принцип розумності; 2) принцип повноти кримінально-правового припису та відсутності прогалин; 3) принцип синхронізації.

Принцип розумності є складовою верховенства права та загалом належить до загальних принципів права. Однак, на нашу думку, принцип

---

[24] Гуторова Н. О. Регулювання кримінально-правових відносин: поняття, мета, способи та їх ефективність. Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 18–19 жовт. 2018 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2018. С. 107.

[25] Шевченко С. В. Принцип пропорційності у вітчизняній доктрині права: дискусійні та малодосліджені аспекти. *Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2019. Том 30 (69) № 1. С. 103.

[26] Поліщук О. М. Диспозитивність і принципи кримінального законодавства і кримінальної політики. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України.* 2015. № 5 С. 191.

[27] Міжнародні стандарти прав людини у кримінальному праві: компаративна перспектива = Human rights from a comparative criminal law perspective : посібник : електрон. навч. вид. / Д. Лук'янов, О. Марін, І. Сень, В. Туляков, О. Уварова, О. Харитонова, О. Шостак ; за ред. О. Харитонової, Г. Шмельцер. Харків: Право, 2022. С. 111.

розумності повинен враховуватися під час модернізації кримінального законодавства України, тобто під час модернізуючої кримінально-правової правотворчості, яка повинна буди передусім послідовною та відповідати рівню розвитку суспільства та його вимогам. «Принцип розумності містить такі вимоги: обґрунтованість, послідовність, розсудливість, обачність (відповідність розумним очікуванням), ефективність, доцільність», які повинні однаково висуватися до процесів нормотворчості та правозастосування[28]. На наш погляд, під час правотворчої діяльності модернізуючого характеру необхідно орієнтуватися на принцип розумності, вирішуючи питання про те, чи необхідна така модернізація загалом та яким чином вона вплине на подальше кримінально-правове забезпечення охорони відповідного порядку суспільних відносин.

Близьким за своїм значенням до принципу розумності під час здійснення правотворчої діяльності у галузі кримінального права є принцип пропорційності, який виокремлюють деякі науковці. Так, М. І. Хавронюк, пов'язуючи принцип пропорційності з тим, що кримінальна відповідальність є *ultima ratio*, крайнім засобом реагування держави на протиправні діяння, пише, що «принцип пропорційності також означає, що засоби кримінальної відповідальності встановлюються пропорційно до ступеня тяжкості кримінального правопорушення і більш суворий кримінально-правовий засіб встановлюється та застосовується тільки тоді, коли менш суворого засобу недостатньо для виконання завдання КК». При цьому порушенням принципу пропорційності цей науковець вважає ігнорування факту наявності у КК статті, яка вже передбачає кримінальну відповідальність за певне діяння, законодавець знову криміналізує його, застосовуючи ті самі або схожі формулювання і не виокремлюючи ознак, які дали б змогу чітко розмежувати відповідні кримінальні правопорушення, зокрема за правилами конкуренції статей про спеціальний і загальний склади правопорушення»[29].

На нашу думку, принцип пропорційності та його змістовне наповнення, запропоноване М. І. Хавронюком, не повною мірою узгоджується зі звичною правовою суттю принципу пропорційності «як необхідної складової верховенства права». Ю. О. Євтушок розуміє під принципом

[28] Мандрікова К. О. Розумність у правовому регулюванні: вимоги до нормотворчості і правозастосування : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2015. С. 111.

29

[29] Хавронюк М. І. Порушення принципу пропорційності у змінах до Кримінального кодексу під час війни / вебпортал Центру політико-правових реформ. URL: https://pravo.org.ua/blogs/porushennya-pryntsypu-proportsijnosti-u-zminah-kryminalnogo-kodeksu-pid-chas-vijny/

пропорційності «загальноправовий принцип, що має універсальний характер та багатоаспектне використання у юридичній сфері: поширюється на різні правові системи, галузі права й правові інститути; виступає принципом правотворчості та правозастосування, у тому числі судового контролю, як матеріального, так і процесуального права; у широкому розумінні означає, що всі суб'єкти владних повноважень, які прямо чи опосередковано втручаються у приватну автономію особи, мають застосовувати лише розумні заходи (придатні, необхідні, сумірні у вузькому розумінні) для досягнення легітимної публічної мети»[30].

Як зазначає ця дослідниця, «головною метою принципу пропорційності є захист обсягу та змісту фундаментальних прав і свобод особи від свавільного впливу з боку публічних органів, а саме від їх надмірного впливу (у тому числі дискреційного характеру), необґрунтованої дискримінації, неналежного виконання ними своїх обов'язків щодо захисту цих прав і свобод. Водночас принцип пропорційності має сприяти балансуванню публічних і приватних інтересів, що є найбажанішим результатом його використання»[31].

На думку С. Погребняка, принцип пропорційності має тісний зв'язок з реальною справедливістю, яка заснована на цьому принципі. Як пише цей науковець, принцип пропорційності в такому сенсі стосується визначення пропорційної юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню, встановлення і диференціювання правових обмежень залежно від конкретних обставин, що зумовлюють їх запровадження[32].

Взявши за основу німецьку концепцію принципу справедливості, Ю. О. Євтушок виокремлює такі «три складових принципу сумірності (придатність, необхідність та сумірність у вузькому сенсі (розумінні), які називають субпринципами»[33]. Вказані складові принципу пропорційності знаходять свій вияв у правотворчості. Вимога придатності, на її думку, полягає в тому, що «законодавцю слід використовувати лише так звані нехибні засоби правового регулювання, що сприяють досягненню публічної легітимної мети, в основі якої лежать правомірні інтереси,

---

[30] Євтушок Ю. О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Ун- економіки та права «Крок». Київ, 2015. С. 10, 164.

[31] Євтушок Ю. О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права. Там само. С. 10, 164.

[32] Погребняк С. Справедливість змісту нормативно-правових актів як умова їх правомірності. *Вісник Академії правових наук України.* 2005. № 2 (41). С. 46.

[33] Євтушок Ю. О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права. Там само. С. 69.

за умови обережного впливу на питання морально-етичного значення, врахування змін у суспільно-правовому житті, дотримання принципів законності і правової визначеності. Вимога необхідності проявляється в тому, що законодавець повинен орієнтуватися на ті, які найменше втручаються у права і свободи, ефективно сприяють досягненню мети, задля якої введені, що потребує їх диференціювання залежно від правових обставин, обґрунтованості, виправданості, недопущення дискримінації та надмірного формалізму при реалізації прав». Вимога сумірності (у вузькому сенсі) полягає в тому, що «введені законодавцем засоби правового впливу мають оптимально забезпечити баланс конкуруючих цінностей, що означає, зокрема, заборону посягання на сутність прав, залишення мінімальних гарантій як для них, так і для публічних інтересів, а також виконання державою свого позитивного обов'язку щодо захисту цих прав — передбачення адекватних механізмів їх судового захисту, належних та справедливих механізмів компенсації збитків та шкоди, що можуть бути завдані їм у випадках обмежень тощо»[34].

Принцип пропорційності, в якому б значенні та на якому рівні він би не застосовувався, правотворчому чи правозастосовному, стосується тих чи інших обмежень у сфері користування конституційними свободами і правами людини, з свободою розсуду та дискреційними повноваженнями, завдання якого — обмежити розсуд компетентного органу до тієї межі, що необхідна для задоволення відповідної мети[35]. Як зазначає Ю. О. Євтушок, «принцип сумірності є важливим для кримінального права, зокрема, у питаннях призначення покарання. У зв'язку з цим дослідники називають його загальним принципом теорії покарання, за яким покарання за злочин має бути приблизно пропорційним до серйозності злочину. У кримінально-правових відносинах цей принцип виступає … в аспекті обмеження влади у цій сфері. Зокрема, … в кримінальному праві принцип сумірності виявляється у тому, що допустимі з конституційно-правового погляду втручання у свободу, власність та інші правові блага обвинуваченого або третіх осіб (зокрема в основоположні права) мають знаходитись у виправданому співвідношенні до тяжкості звинувачення у скоєнні діяння та до рівня існуючої підозри»[36].

[34] Євтушок Ю. О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права. Там само. С. 113, 164.

35

[35] Johan Hulshof The principle of proportionality. URL: http://www.echamp.eu/news/echamp-e-news/e-newsarchive/2009/aprilmay/the-principle-of-proportionality

[36] Євтушок Ю. О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права. Там само. С. 42–43.

На нашу думку, ті недоліки у тексті КК, які описує М. І. Хавронюк, стосуються порушення не принципу пропорційності, а принципу розумності.

Як зазначалося вище, принцип розумності містить такі вимоги: обґрунтованість, послідовність, розсудливість, обачність (відповідність розумним очікуванням), ефективність, доцільність. Не всі з указаних вимог можливо виокремити в аспекті характеристики кримінально-правової правотворчості. Йдеться передусім про ефективність, яка, як відомо, може бути «виміряна» лише після набрання чинності кримінально-правового припису та його дії протягом певного часу. Тому визначення ефективності характерна для реалізації норм права (правозастосування). Окрім того, послідовність як вимога розумності, на наш погляд, повинна більшою мірою охоплюватися принципом синхронізації.

Обґрунтованість як вимога розумності означає достатність підстави для модернізації кримінального законодавства України, що має бути обґрунтовано передусім у пояснювальній записці до коригуючого закону, супровідних документах до нього. Пояснювальна записка повинна розроблятися на етапі підготовки проєкту закону, яким вносяться зміни та доповнення до КК. Так, у ч. 2 ст. 29 Закону «Про правотворчу діяльність» зазначається, що розроблення проєкту нормативно-правового акта включає такі етапи: підготовка тексту проєкту нормативно-правового акта, пояснювальної записки та інших супровідних документів до нього; здійснення оцінки впливу проєкту нормативно-правового акта на суспільні відносини з викладенням її результатів у пояснювальній записці. Окрім того, як зазначається у ст. 30 цього Закону, суб'єкт правотворчої ініціативи здійснює оцінку впливу проєкту нормативно-правового акта на суспільні відносини та викладає у пояснювальній записці: актуальність та важливість проблеми, яка потребує врегулювання шляхом прийняття (видання) нормативно-правового акта; альтернативні шляхи вирішення проблеми, яка потребує правового врегулювання, з визначенням економічних, соціальних, фінансових, бюджетних, екологічних, демографічних, регуляторних, інвестиційних, гендерних, дискримінаційних, корупційних та інших наслідків, а також стану виконання Україною міжнародних зобов'язань для кожного з альтернативних шляхів; кількісні та якісні показники, за якими оцінюється прогнозований вплив на суспільні відносини кожного з альтернативних шляхів; найбільш оптимальний шлях вирішення проблеми з поясненням причинно-наслідкового зв'язку між обраним шляхом та очікуваним впливом на суспільні відносини проєкту нормативно-правового акта; способи здійснення правового моніторингу та критерії (показники) його здійснення у разі прийняття проєкту нормативно-правового акта;

критерії (показники), за якими здійснюватиметься правовий моніторинг у разі прийняття проєкту нормативно-правового акта[37].

«З'ясування змісту пояснювальної записки є першим кроком пізнання нормативного змісту майбутнього кримінально-правового припису. У випадку прийняття та набрання чинності цим проєктом пояснювальна записка також є важливим «помічником» для того, щоб зрозуміти нормативний зміст кримінального закону»[38].

«Пояснювальні записки до проєктів кримінальних законів (як і до будь-яких інших законів України) складаються з певних частин, вимоги до яких не виписані. Зазвичай це — обґрунтування необхідності прийняття законопроєкту, його цілі і завдання, загальна характеристика й основні положення законопроєкту, його місце у системі законодавства, фінансово-економічне обґрунтування, обґрунтування очікуваних соціально-економічних, правових та інших наслідків застосування законопроєкту після його прийняття. У пояснювальних записках до проєктів кримінальних законах України вміщується їх концепція, законодавча ідея суб'єкта законодавчої ініціативи. Ідея законопроєкту — це порівняно самостійний прийом юридичної техніки, організаційно автономний початковий етап законотворчості, який є системою теоретично обґрунтованих, практично апробованих або вироблених на підставі здорового смислу суджень про нагальну потребу у документі, предмет та метод правової регламентації, найближчу і віддалені цілі акта, очікуваний результат. Законодавчі ідеї відображають сутнісні уявлення про державно-правове життя суспільства у цей період і впливають на певні сфери та межі правового регулювання, на правотворчу діяльність держави, а також на правосвідомість та правову культуру законодавця»[39].

Вважаємо, що найбільш важливе значення для встановлення обґрунтованості внесених змін та доповнень до КК відіграють такі складові пояснювальних записок, як обґрунтування необхідності прийняття законопроєкту, його цілі та завдання, а також загальна характеристика й основні положення законопроєкту. «Обґрунтовуючи необхідність прийняття проєкту кримінального закону, суб'єкт законодавчої ініціативи має відобразити відмінність між дійсним і бажаним (для нього) кримінально-правовим регулюванням суспільних відносин. Тому у цій частині пояснювальної записки до проєкту кримінального закону

[37] Про правотворчу діяльність : Закон від 24.08.2023 № 3354-IX. Там само.

[38] Загиней З. А. Кримінально-правова герменевтика : монограф. Київ : Вид. дім «АртЕк», 2015. С. 219.

[39] Загиней З. А. Кримінально-правова герменевтика. Там само. С. 219.

мають бути наведені обґрунтовані докази, аргументи, які свідчать про те, що законопроєкт здатен подолати бар'єр між дійсним і бажаним. У цій частині варто посилатися на міжнародні акти, якщо їх положення імплементуються цим законопроєктом у кримінальний закон. В окремих випадках, коли пропонуються зміни до тих статей КК, які тривалий час існують у ньому, необхідним є аналіз правозастосовної практики, статистичних даних з ЄРДР та ДСА. Водночас наведення таких даних не повинно бути громіздким. Також у цій частині пояснювальної записки до проєкту кримінального закону не повинні міститися конкретні приклади з судової практики та конкретні прізвища, витяги з законодавчих актів України. Окрім того, у ній не мають використовуватися загальні й абстрактні фрази, гасла, а власне у пояснювальній записці має бути враховане термінологічне поле КК»[40].

Невдалим прикладом є пояснювальна записка до проєкту Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції від 16 січня 2013 року (реєстр. № 2023). У ній, зокрема, згадується прізвище Юрія Луценка («З них 42 — це ті, хто відбувають покарання у Менській колонії на очах Юрія Луценка, тобто ті, хто на момент вчинення злочину мав статус працівника того чи іншого правоохоронного органу»). Крім того, використовуються просторіччя, гасла, абстрактні фрази (наприклад, «цю статтю завжди може витягнути «з шухляди» прокурор, якому дали завдання нейтралізувати політичного опонента чи бізнес конкурента»). Також у пояснювальній записці до цього законопроєкту на трьох (!) сторінках наводяться тексти тих статей КК, які, на думку авторів, охоплюють перевищення влади або службових повноважень тими службовими особами, які не належать до працівників правоохоронних органів. Водночас у ній немає навіть і згадки про необхідність вилучення з КК перевищення військовою службовою особою влади або службових повноважень (ст. 424 КК), що, зрештою, обернулося «реанімацією» цієї статті у 2015 році. Звісно, у цій пояснювальній записці є і позитивні моменти. Наприклад, використання даних ДСА, вказівка на основні положення міжнародних актів, на підставі яких приймається відповідний законопроєкт.

Вважаємо, що законопроєкт про внесення змін до КК його ініціатор повинен скрупульозно обґрунтувати та прокоментувати. Якщо, наприклад, йдеться про криміналізацію суспільно небезпечного діяння, то

[40] Загиней З. А. Кримінально-правова герменевтика. Там само. С. 221.

потрібно обґрунтувати, що на момент модернізації кримінального законодавства України відсутні кримінально-правові засоби реагування на таке діяння. Необхідно також звернути увагу й на інші підстави та приводи криміналізації.

Що стосується цілей та завдань проєктів кримінального закону, то у пояснювальних записках має міститися вказівка як на найближчу, так і на віддалену мету, яку переслідує суб'єкт законодавчої ініціативи. Також мають бути чітко виписані його завдання. Аналіз пояснювальних записок свідчить про те, що у них приділяється недостатньо уваги належному формулюванню мети, а вказівка на завдання взагалі відсутня. Суб'єкт законодавчої ініціативи досить часто формально ставиться до цієї частини пояснювальної записки, відтворюючи назву проєктів законів або загальне їх спрямування. Наприклад, у пояснювальній записці до проєкту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвалідів вказано: «... метою законопроєкту є захист інвалідів від обмеження їх прав за ознакою інвалідності шляхом внесення змін до Закону «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» та Кримінального кодексу України» від 19.11.2012 (реєстр. № 3640). Відповідно, у ній не визначено мету криміналізації, а також завдання законопроєкту.

Обов'язковою складовою пояснювальних записок є загальна характеристика й основні положення законопроєкту. У цій частині варто звернути увагу не на всі, а на найбільш принципові, основні питання, які пропонується змінити. Описувати всі зміни до кримінального законодавства у цій частині не потрібно. Наявність цієї частини пояснювальної записки слугує правильному з'ясуванню думки законодавця, міркувань, якими він керувався, створивши відповідний законопроєкт. Так, ця частина «вдалася» авторам пояснювальної записки до проєкту Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України (щодо військових злочинів) від 27.01.2015 (реєстр. № 1849). У ній вказується, що законопроєктом пропонується: передбачити кримінальну відповідальність за перевищення військовою службовою особою дисциплінарної влади стосовно підлеглого; розширити підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій, а саме: щодо можливості їх проведення у кримінальних провадженнях про військові злочини, пов'язані з ухиленням від військової служби (ст. ст. 407–409 КК), вчинені в умовах особливого періоду, під час проведення антитерористичної операції; визначити особливості здійснення кримінального провадження в умовах воєнного,

надзвичайного стану, особливого періоду або в районі проведення антитерористичної операції.

Ініціатори законопроєктів про внесення змін та доповнень до КК недооцінюють значення законопроєктної документації, зокрема й пояснювальних записок. Якісно підготовлені пояснювальні записи можуть слугувати для того, щоб установити справжню волю законодавця («дух кримінального закону»). Йдеться передусім про телеологічне тлумачення, яке є невід'ємною частиною герменевтики кримінального закону як цілісного явища. Наприклад, Законом «Про внесення змін до Кримінального кодексу України» від 08.04.2014 № 1183-VII КК було доповнено новою статтею 114^1, в якій установлено кримінальну відповідальність за перешкоджання законній діяльності ЗСУ та інших військових формувань[41]. Як передбачено в пояснювальній записці до цього законопроєкту, його метою є посилення відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України, а саме, за дії, спрямовані на посягання на територіальну цілісність і недоторканність України, за диверсію, шпигунство, а також вчинені проти миру безпеки людства та міжнародного правопорядку[42]. Жодного слова про те, з якою метою криміналізовано таке суспільно небезпечне діяння. Відповідно й телеологічне тлумачення під час кваліфікації за ст. 114^1 КК є нездійсненним. Науковці констатують, що «практично всі виявлені випадки кваліфікації дій обвинувачених у судовій практиці за ст. 114^1 КК є помилковими, оскільки в діях обвинувачених не міститься ознак складу злочину, передбаченого ст. 114^1 КК у зв'язку з відсутністю ознак перешкоджання як суспільно небезпечного діяння. Водночас констатовано, що більшість кваліфікованих за ст. 114^1 КК випадків підлягають кримінально-правовій оцінці як співучасть в ухиленні від призову на строкову військову службу за мобілізацією (ст. 336 КК) або за іншими статтями Особливої частини КК, які передбачають відповідальність за одноособове вчинення відповідних злочинів»[43].

---

[41] Про внесення змін до Кримінального кодексу України : Закон від 08.04.2014 № 1183-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1183-18#n21

[42] Пояснювальна записка до проєкту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України)» (реєстр. № 4524-1) від 24.03.2014. URL: https://w2.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=4524-1&skl=8

[43] Стецюк С. С. Перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань VS співучасть в ухиленні від призову на військову службу під час мобілізації: проблеми кваліфікації в судовій пракимці. Аналітично-порівняльне правознавство. 2024. № 5. С. 763. URL: https://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2024/10/118.pdf. С. 763.

Розсудливість, як пише К. О. Мандрікова, пов'язується зі здоровим глуздом[44]. Ця дослідниця пише, що «відповідність здоровому глузду — це відповідність певному універсальному, прийнятному розумінню конкретної ситуації. З цією вимогою тісно пов'язане поняття «розумні очікування», тобто очікувані дії від конкретної особи у конкретній ситуації, відповідність поведінці середньої розумної людини у конкретній ситуації (цю вимогу буде описано далі). Відповідність здоровому глузду, розуму процесу створення норм права зазвичай пов'язують із так званою презумпцією розумного законодавця, тобто ідеєю про апріорну розумність законодавства та його автора»[45].

Розсудливість, на наш погляд, є важливою вимогою принципу розумності кримінально-правової правотворчості. Вимога розумності передбачає, що законодавець у процесі модернізації кримінального законодавства України повинен діяти за мірками здорового глузду, демонструючи обачність, об'єктивність і раціональність у прийнятті рішень стосовно такої модернізації, її необхідності та доцільності, а також шляхів її здійснення. Вважаємо, що розсудливість законодавця проявляється в кількох взаємопов'язаних аспектах. Передусім законодавець повинен ураховувати реальні соціальні умови, які впливають / можуть впливати на модернізацію кримінального законодавства України. Законодавець, керуючись здоровим глуздом, має формулювати такі кримінально-правові норми, що відповідають реаліям суспільного життя та практиці застосування кримінального законодавства України. Окрім того, законодавець повинен прагнути до того, аби прийнята ним норм була передбачуваною та визначеною. Здоровий глузд вимагає від законодавця уникати нелогічних або суперечливих формулювань, які можуть призвести до неоднозначного тлумачення та зловживань піж час правозастосування. Норма повинна бути структурно зрозумілою та передбачуваною для тих, на кого вона поширюється.

Розсудливість пов'язана з вимогою обґрунтованості, яка характеризувалася вище, однак, на відміну від обґрунтованості, розсудливість підкреслює якісний, розумний характер прийняття рішення, що спирається не лише на статистичні дані та дослідження, а й на інтуїтивну оцінку доцільності кримінально-правової норми у конкретних соціальних умовах. Здоровий глузд виступає критерієм оцінки, наскіль-

[44] Мандрікова К. О. Розумність у правовому регулюванні: вимоги до нормотворчості і правозастосування. Там само. С. 18.

[45] Мандрікова К. О. Розумність у правовому регулюванні: вимоги до нормотворчості і правозастосування. Там само. С. 61.

ки пропоновані норми є справедливими, реалістичними та суспільно корисними.

Отже, розсудливість як вимога принципу розумності виступає механізмом реалізації раціональної, зваженої та соціально орієнтованої кримінально-правової правотворчості, відповідно до якої модернізоване кримінальне законодавство України не лише формально відповідає загальним вимогам правотворчості, а й здатне досягати поставленої мети, зберігаючи баланс між кримінально-правовим забезпеченням охорони суспільства і дотриманням прав людини.

Обачність, на думку К.О. Мандрікової, як вимога розумності під час здійснення правотворчості передбачає за необхідне співвіднесення дій законодавця / ініціаторів законопроєктів із правомірними очікуваннями інших[46]. Вважаємо, що вимога обачності вказує на те, що законодавець повинен формулювати такі кримінально-правові приписи, які відповідають розумним очікуванням громадян щодо кримінально-правових норм самих по собі і наслідків їх застосування. Обачність під час здійснення модернізації кримінального законодавства України передбачає врахування очікувань професіоналів, зокрема, практичних працівників, від такої модернізації.

Реалізація законодавцем вимоги обачності забезпечує передбачуваність кримінального законодавства України, може ефективно запобігти помилкам під час правозастосування. Наприклад, встановлюючи кримінальну відповідальність за певні суспільно небезпечні діяння, законодавець повинен орієнтуватися на очікування громадян, щодо того, яка саме поведінка повинна бути криміналізована, що забезпечує як легітимність самого кримінального законодавства України, так і сприйняття його суспільством як справедливого. Обачність, окрім того, стосується й необхідності оцінки потенційних наслідків застосування кримінального закону

Таким чином, обачність як вимога розумності модернізації кримінального законодавства України у кримінально-правовій правотворчості є проявом раціонального і соціально орієнтованого законодавчого мислення, яке грунтується на здоровому глузді та прагненні досягнути справедливого співвідношення між кримінально-правовим забезпеченням охорони суспільних інтересів та дотриманням прав і свобод людини.

Доцільність як вимога розумності модернізації кримінального законодавства України виступає критерієм оцінки необхідності, обґрунтованості та ефективності внесення змін і доповнень до КК. Модернізація

[46] Мандрікова К. О. Розумність у правовому регулюванні: вимоги до нормотворчості і правозастосування. Там само. С. 111.

кримінального законодавства України повинна здійснюватися не механічно, а з урахуванням конкретних реалій (соціальних, економічних, технологічних, культурних тощо), а також практичних результатів застосування кримінального законодавства України. Так, модернізація кримінального законодавства України може відбуватися на підставі чіткої ідентифікації ініціатором законопроєкту проблемних аспектів кримінального законодавства України, які свідчать, наприклад, про наявність певних прогалин кримінально-правового регулювання, проблем, з якими стикається судова практика. Під час ухвалення постанов ВС, формулюючи правові позиції чи правові висновки, може тим самим сигналізувати законодавцю про доцільність модернізації кримінального законодавства України, не підміняючи законодавця.

Наприклад, об'єднана палата ККС, вирішуючи питання про те, що слід розуміти під вчиненням крадіжки в умовах воєнного стану зазначила, зробила правовий висновок, що за ч. 4 ст. 185 КК кримінальна відповідальність передбачена за вчинення кримінального правопорушення в умовах воєнного або надзвичайного стану на території, на якій він введений. При цьому суд касаційної інстанції вказав на те, що суд шляхом здійснення правосуддя лише застосовує норми закону, однак не може перебирати на себе функції законодавчого органу та своїми рішеннями відступати від правових норм чи змінювати їх. Виходячи з наданих законом ВС повноважень, він повинен лише застосовувати норми закону, але аж ніяк не може підміняти законодавчий орган влади та своїми рішеннями відступати від норм закону, змінювати їх зміст, тим самим спотворювати закріплену в них законодавчу мету[47].

Таким чином, ККС вказав на доцільність модернізації кримінального законодавства України в частині використання кваліфікуючої ознаки, яка полягає у вчиненні кримінального правопорушення в умовах воєнного стану.

Вимога доцільності передбачає, що модернізація повинна здійснювалася шляхом оптимізації існуючих правових механізмів, а не бути результатом безсистемного прийняття кримінально-правових норм. Доцільність модернізації кримінального законодавства України передбачає врахування нових форм кримінально-правових загроз, зокрема тих, що пов'язані з цифровізацією, кіберзлочинністю, міжнародною злочинністю та іншими сучасними викликами. Тобто, доцільність модернізації кримінального законодавства України передбачає його адаптивність до

47

[47] Постанова ОП ККС від 15.01.2024 у справі № 722/594/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/116446106

сучасних викликів та технологічних трансформацій. При цьому вимога доцільності модернізації кримінального законодавства України повинна грунтуватися на балансі динамізму та стабільності цього законодавства. Модернізація кримінального законодавства України лише тоді може визнаватися доцільною, коли вона спрямована на підвищення ефективності кримінально-правового регулювання та не спрямована на законодавчу інфляцію у результаті хаотичного та безсистемного коригування кримінального законодавства України.

Отже, принцип розумності модернізації кримінального законодавства України означає, що така модернізація повинна бути обґрунтованою, розсудливою, обачною та доцільною, що в комплексі забезпечує передбачуваність кримінального законодавства України, його адаптивність до сучасних викликів, що потребує кримінально-правового забезпечення охорони відповідного порядку суспільних відносин та превалювання здорового глузду під час вирішення питання про коригування кримінального законодавства України.

Принцип повноти кримінально-правового припису та відсутності прогалин. Указаний принцип, на нашу думку, виступає стратегічним орієнтиром адаптації кримінального законодавства України до нових соціальних реалій, викликів, забезпечуючи його ефективність, прогнозованість та системність. У разі, коли кримінально-правовий припис викладено у КК максимально повно, він здатний бути ефективною умовою реалізації кримінального законодавства України. Здійснюючи модернізацію кримінального законодавства України, законодавець повинен максимально повно враховувати нові види кримінальних правопорушень, які раніше в судовій практиці не зустрічалися, однак у результаті оновлення та трансформації суспільних відносин здатні спричинити істотну шкоду відповідному порядку суспільних відносин. Окрім того, модернізація кримінального законодавства України з огляду на принцип повноти та відсутність прогалин передбачає передусім актуалізацію кримінально-правових норм та їх узгодженість з регулятивним законодавством України, а також з нормами міжнародного кримінального права та міжнародного гуманітарного права, що вказує на цілісну повноту кримінального законодавства України та відсутність у ньому прогалин.

Принцип повноти кримінально-правового припису є важливою вимогою забезпечення цілісності та ефективності кримінального законодавства України. Цей принцип передбачає, що кожна нова кримінально-правова норма повинна бути сформульована таким чином, щоб вона не створювала нормативну прогалину, тобто не залишала певні

суспільно небезпечні діяння поза правовим регулюванням. З метою забезпечення відсутності прогалин нові норми повинні включати всі необхідні елементи складу кримінального правопорушення (якщо йдеться про забороняючу кримінально-правову норму), визначати не лише саму кримінальну відповідальність, а й умови її застосування, а також передбачати пропорційні кримінально-правові санкції. При цьому законодавець повинен враховувати розвиток кримінологічних досліджень, актуальні проблеми криміногенної ситуації у державі. Важливо, щоб кримінально-правовий припис був чітко та однозначно сформульований та виключав можливості правової невизначеності або суперечностей як між кримінально-правовими нормами, так і між відповідними нормами та нормативними положеннями регулятивного законодавства України.

Як зазначається у ст. 1 Закону «Про правотворчу діяльність», його дія поширюється, зокрема, на подолання колізій у нормативно-правових актах (п. 7 ч. 1 ст. 1)[48].

Відповідно під час здійснення правотворчої діяльності, зокрема під час внесення змін до КК[49] необхідно зважати на те, наскільки ці зміни не будуть суперечити нормам інших галузей права, на кримінально-правову охорону яких відповідні кримінально-правові норми спрямовані та чи будуть вони ефективними для покращення кримінально-правового забезпечення охорони відповідного порядку суспільних відносин, який сам по собі може регулюватися іншими нормативно-правовими актами.

Принцип *ultima ratio* передбачає вирішення питання про внесення змін до КК крізь призму фрагментарності і субсидіарності кримінального права[50]. Дотримання принципу ultima ratio кримінального права передбачає, щоб дії, які заборонені під загрозою покарання, були визнані незаконними також у нормативно-правових актах, що регулюють відповідний порядок суспільних відносин. Це, в свою чергу, вимагає узгодженості між відповідними нормативно-правовими актами та кримінально-правовими нормами. Субсидіарність кримінального права як прояв принципу *ultima ratio* та принцип узгодженості правового порядку повинні передбачати узгодження норм галузей права, які мають на меті організацію порядку суспільних відносин та відповідних

[48] Про правотворчу діяльність : Закон від 24.08.2023 № 3354-IX. Там само.

[49] У цьому розділі не розглядатимуться питання криміналізації. Відповідні питання висвітлюються у розділі …

[50] Водянніков О. Ю. Конституція і злочин: теорія криміналізації в світлі конституційної концепції ultima ratio. *Актуальні проблеми держави і права*. 2022. Вип. 96. С. 17.

кримінально-правових норм, які спрямовані на забезпечення кримінально-правової охорони відповідного порядку.

Принцип синхронізації під час модернізації кримінального законодавства України відіграє важливу роль в цьому процесі, спрямований на те, щоб гармонізувати кримінальне законодавство України як саме по собі (тобто забезпечити внутрішню синхронізацію), так і з нормами інших галузей права, що регламентуються регулятивним законодавством, а також з міжнародними нормами (тобто забезпечити и зовнішню синхронізацію). Модернізація кримінального законодавства України не може відбуватися ізольовано від інших галузей права, оскільки це може призвести до правових колізій, дублювання або правових прогалин.

На нашу думку, принцип синхронізації має такі основні аспекти.

По-перше, під час модернізації кримінального законодавства України потрібно враховувати міжнародні правову стандарти. Україна, будучи частиною міжнародної спільноти, має зобов'язання перед міжнародними організаціями, зокрема ООН, РЄ, та іншими організаціями щодо виконання міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надано ВРУ. Принцип синхронізації забезпечує, щоб кримінальне законодавство України відповідало міжнародним стандартам прав людини, а також було гармонізовано з іншими міжнародно-правовими нормами. Про необхідність модернізації кримінального законодавства України з РС, антикорупційними конвенціями йтиметься далі.

По-друге, на сьогодні ефективна модернізація кримінального законодавства України можлива у зв'язку з необхідність інтеграції українського права у право ЄС. На думку М. І. Хавронюка, європеїзація кримінального права України передбачає п'ять складових: 1) приведення у відповідність до правової системи ЄС (*acquis communautaire*) кримінального законодавства України, а також відповідних судових рішень, які будуть прийматися на його основі; 2) ратифікація договорів РЄ, які Україна поки що лише підписала. Це конвенції: про компенсацію жертвам насильницьких злочинів; про захист довкілля засобами кримінального законодавства; про міжнародні наслідки позбавлення права на керування автомобільним засобом; про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини; проти торгівлі людськими органами; про правопорушення, пов'язані з культурними цінностями; Другий додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність щодо посилення співпраці та розкриття електронних доказів. Слід також оцінити необхідність приєднання до договорів РЄ, які Україна ще не підписала; 3) аудит відповідності кримінального законодавства України положенням всіх договорів в межах ООН, РЄ, МВФ та інших міжнародних організацій; 4) запозичення

позитивного досвіду інших європейських країн щодо кримінально-правового регулювання, насамперед досвіду щодо точної, правильної імплементації положень актів ЄС та міжнародних договорів в межах ООН, РЄ тощо; 5) остаточна відмова від радянсько-російської спадщини[51].

По-третє, під час модернізації кримінального законодавства України повинна забезпечуватися синхронізація з регулятивним законодавством у відповідній сфері. Стосуватися це повинно як термінологічної, так і змістовної відповідності. Синхронізація кримінального законодавства України з іншими нормативно-правовими актами інших галузей права сприяє правовій визначеності та забезпечує ефективність правозастосування. Особливої важливості така синхронізація має в таких споріднених галузях права, як кримінальне право, кримінальне процесуальне право та кримінально-виконавче право.

По-четверте, синхронізованим повинно бути і кримінальне законодавство України, що є особливо актуальним під час його модернізації. У самому КК не повинно бути таких норм, які б суперечили одна одній і по-іншому здійснювали б кримінально-правове регулювання або дублювали одна одну.

По-п'яте, під час модернізації кримінального законодавства України необхідно адаптувати можливі зміни та доповнення до КК до національних особливостей і потреб кримінально-правового забезпечення охорони. Принцип синхронізації передбачає також врахування специфіки правової системи України, її історичних, соціальних та економічних умов. Модернізація кримінального законодавства повинна бути адаптованою до реалій національного правопорядку, враховувати досвід правоохоронних органів, судів. Це дозволяє створювати правові норми, що є ефективними в умовах сучасного українського суспільства.

По-шосте, синхронізація під час модернізації кримінального законодавства України передбачає забезпечення взаємодії між різними рівнями правового регулювання — нормативним та правозастосовним з урахуванням результатів наукових розвідок.

Отже, принцип синхронізації вимагає, щоб процес модернізації кримінального законодавства України був уніфікованим, адаптованим до міжнародних стандартів, інтегрованим із іншими галузями права та не містив внутрішніх суперечностей, що забезпечує системність, узгодженість і правову стабільність кримінального законодавства України.

[51] Хавронюк М. І. Європеїзація кримінального права: про що йдеться? Європеїзація кримінального права України : матеріали міжнар. наук. конф., що відбулася 19 груд. 2024 р. / редкол. : Ю. А. Пономаренко (голова) та ін. ; Коміс. з питань прав. реформи при Президентові України та ін. Харків : Право, 2025. С. 18–19.

Реалізація цього принципу сприяє створенню цілісного, ефективного та сучасного кримінального законодавства, яке здатне адекватно реагувати на нові виклики часу, забезпечуючи кримінально-правове забезпечення охорони порядку суспільних відносин у суспільстві.

III. Зміни та доповнення Кримінального кодексу України — з моменту набрання чинності цим Кодексом до сьогодення

Після здійснення кодифікації законодавства процес правотворчості не припиняється. Він увесь час перебуває в русі, у постійному розвитку, ураховуючи динамізм відповідних соціальних зв'язків, виникнення нових потреб суспільного життя, які вимагають втручання держави шляхом правової регламентації. На думку І. В. Суходубової, «… стабільність законодавства і його відповідність потребам та вимогам суспільної практики визнаються невід'ємною складовою принципу верховенства права … виступають важливим показником правової культури суспільства, вагомою гарантією забезпечення та захисту прав і свобод людини і громадянина»[52]. Водночас законодавство загалом та кримінальне законодавство зокрема характеризуються такою властивістю, як динамізм, що, з одного боку, руйнує його стабільність, а з другого, «… якщо законодавство не має належного рівня динамічності, воно теж втрачає свою ефективність, оскільки не забезпечує актуальності й адекватності правового регулювання. Відсутність динамічних властивостей законодавства може призводити до порушення зв'язку між справедливістю і змістом правового регулювання»[53].

Отже, динамізм та стабільність — це неодмінні властивості кримінального закону, які повинні існувати паралельно. Як зазначає І. В. Суходубова, стабільність і динамізм законодавства залежать від стабільності і динамізму окремих нормативно-правових приписів та нормативно-правових актів; у свою чергу, стабільність та динамізм кожного окремого закону є і результатом його складної взаємодії з іншими елементами системи законодавства[54].

---

[52] Суходубова І. В. Стабільність і динамізм законодавства: поняття, співвідношення та засоби забезпечення : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Харків, 2012. С. 1.

[53] Суходубова І. В. Стабільність і динамізм законодавства: загальна характеристика понять та сутність взаємозв'язку. *Наук. вісник Дніпропетровського держ. ун-ту внутр. справ.* 2012. № 3. С. 131.

[54] Суходубова І. В. Стабільність і динамізм законодавства: поняття, співвідношення та засоби забезпечення. Там само. С. 5.

Н. Ю. Гунько, характеризуючи сучасну систему законодавства України, вважає, що система законодавства, яка постійно змінюється, зокрема коригуючими законами, «не може бути стійкою, у ній спостерігається збій синхронності відповідних елементів у межах цілого, відсутність балансу нормативного масиву. Вона потребує постійного моніторингу та ревізії законів, належного здійснення законотворчої діяльності, застосування законотворчої техніки та технології задля створення якісних законів, а також здійснення коригуючої законотворчої діяльності та застосування коригуючої законотворчої техніки і технології для їх оновлення та виправлення»[55].

Кримінальне законодавство України в останні роки є надзвичайно динамічним. В. Я. Тацій, В. І. Борисов та В. І. Тютюгін вказують, що протягом чинності КК 2001 р. було прийнято 109 законів, якими він був доповнений (до уваги бралися лише ті, що набрали чинності на момент написання статті). Із них набрали чинності протягом 2002 р. — 2, 2003 — 10, 2004 — 5, 2005 — 9, 2006 — 7, 2007 — 6, 2008 — 5, 2009 — 19, 2010 — 16, 2011 — 15, 2012 — 11, 2013 — 4. За підрахунками цих науковців, протягом чинності КК 2001 року, в якому спочатку нараховувалося 447 статей, зміни вносилися 432 рази: із них у Загальну частину було внесено 57 змін і доповнень, а в Особливу частину — 375. Прості арифметичні підрахунки свідчать, що на один рік у середньому припадає 36–37 змін, а за один місяць норми КК оновлюються приблизно тричі. При цьому зміни та доповнення неодноразово вносилися у 96 статей КК, із яких уже двічі змінювалося 59 статей, тричі — 30, чотири рази — 5, а дві статті оновлювалися п'ять (ст. 369) і шість (ст. 368) разів. Окрім того, КК був доповнений за цей період 63 новими статтями, 7 із яких уже вилучено, а ще 13 статей змінено, деякі з них — кілька разів. Загальна кількість статей, вилучених із КК становить 26. Таким чином, з 01.09.2001 змінам і доповненням було піддано 209 статей КК, які існували на момент набрання ним чинності, що становить близько 47% загальної кількості на той період[56].

Д. О. Балобанова, здійснивши аналогічне дослідження коригування КК законами про внесення змін та доповнень до нього, зробила

[55] Гунько Н.Ю. Зміни та доповнення до законів України: загальнотеоретичні та технічно-технологічні питання : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Львівський нац. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2020. С. 16.

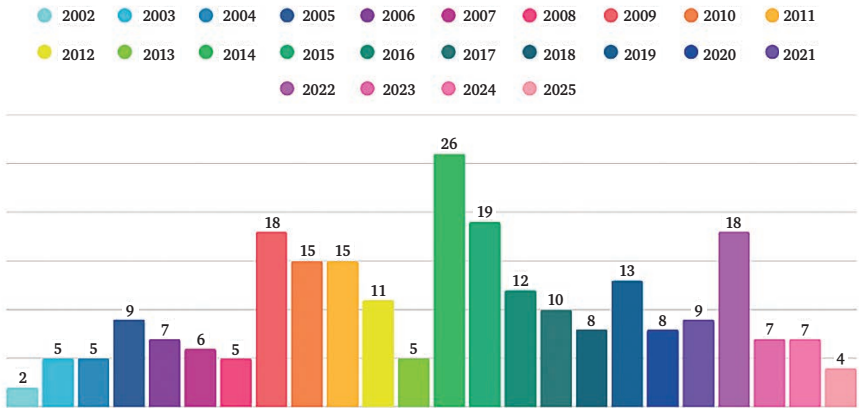
[56] Тацій В., Борисов В., Тютюгін В. Актуальні проблеми сучасного розвитку кримінального права України. *Право України*. 2010. № 9. С. 6–7.

такі основні висновки: «протягом існування КК 2001 р. зміни в нього були внесені 223 законами та 5 рішеннями КСУ. Пропорційно переважають зміни до Особливої частини КК, які становлять 86% всіх змін проти 14% до Загальної частини. Але якісні зміни (реформи) більш притаманні саме Загальній частині — поява нових інститутів і відповідних Розділів (запровадження інституту кримінальних правопорушень та їх поділ на злочини та проступки (з усіма відповідними наслідками), Розділ XIII[1] «Обмежувальні заходи», Розділ XIV «Інші заходи кримінально-правового характеру», Розділ XIV[1] «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб»): здебільшого новели вносилися до таких розділів Особливої частини КК (за питомою вагою змін, тобто відношенням кількості законів, якими вносилися зміни, до кількості статей у розділі кодексу): розділ XII «Кримінальні правопорушення проти громадського порядку та моральності» (169%: 22 закони до 13 статей); розділ IV «Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканності особи» (160%: 8 законів до 5 статей); розділ XVII «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності у сфері надання публічних послуг» (питома вага 148%: 31 закон до 21 статті); розділ V «Кримінальні правопорушення проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» (106%: 34 закони до 32 статей); розділ I «Злочини проти основ національної безпеки України» (100%: 9 законів до 9 статей) та Розділ XV «Кримінальні правопорушення проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та кримінальні правопорушення проти журналістів» (100%: 29 законів до 29 статей); низка розділів КК зазнала суттєвих змін під впливом необхідності виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань щодо виконання модельних конвенцій, учасниками яких є Україна; динаміка законотворчості протягом 2001–2020 рр. відбувалася за рахунок внесення змін до Особливої частини КК (новели), але окреме місце посідає запровадження інституту кримінальних проступків (реформа)»[57].

Продовжуючи дослідження цих науковців, доцільно зауважити, що, починаючи з 2001 р. у КК вносилися зміни та доповнення 244 коригуючими кримінальними законами.

[57] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження). Там само. С. 191.

Діаграма 1. Динаміка прийняття законів про внесення змін та доповнень до КК України



Єдиний державний реєстр нормативно-правових актів

На сьогодні лише 10 статей Загальної частини КК залишилися в тій редакції, яка існувала на момент прийняття цього Кодексу (статті 23, 24, 36, 37, 54, 58, 73, 92, 94, 100) (9% від усіх статей цієї частини, що були в первісній редакції КК). Загальна частина КК доповнена 11-ма окремими статтями та двома самостійними розділами (розділи XIV[1] «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб», XIII[1] «Обмежувальні заходи»), які (первісно) включали 10 статей. Загалом Загальну частину КК було доповнено 21 статтею (19% від загальної кількості статей, вміщених у цій частині). У новій редакції було викладено 6 статей Загальної частини КК (статті 11, 12, 21, 60, 85, 101), з яких ст. 12 цього кодексу викладалася в новій редакції двічі[58].

На сьогодні лише 39 статей Особливої частини КК залишилися в первісній редакції (8% з 447 статей, які на початку включала Особлива частина цього Кодексу — статті 117, 119, 131, 135, 138, 140, 146, 147, 148, 166, 170, 181, 237, 267, 262, 264, 266, 273, 274, 278, 324, 328, 329, 372, 393, 400, 406, 412, 427, 429, 430, 431, 433, 434, 439, 440, 441, 443, 446). Особлива частина КК була доповнена 107-ма новими статтями (24% від загальної кількості статей, вміщених у цій частині), з яких лише 36 залишилися у первісній редакції (статті 110[2], 111[1], 111[2], 114[1], 156[1], 158[3], 201[3], 201[4], 206[2], 218[1], 222[2], 232[3], 240[1], 255[1], 255[2], 255[3], 258[6], 265[1], 267[1], 270[1],

[58] Загиней-Заболотенко З. А. Зміни та доповнення Кримінального кодексу України — з моменту набрання чинності до сьогодення. Аналітично-порівняльне правознавство. 2025. Вип. 5, ч. 1. С. 95. URL: https://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2025/10/APP_05_2025_part-1.pdf

270^2, 276^1, 286^1, 301^2, 321^2, 332^2, 336^1, 336^2, 348^1, 349^1, 364^2. 365^3, 389^2, 426^1, 435^1, 442^1). В усі інші статті, якими було доповнено Особливу частину КК, законодавцем вносилися зміни та доповнення[59].

У новій редакції було викладено 43 статті Особливої частини КК (статті 111, 127, 149, 155, 157, 158, 158^1, 159, 160, 203^2, 204, 209, 240, 255, 258^4, 299, 303, 306, 325, 335, 336, 337, 359, 364, 365, 402, 404, 405, 408, 409, 410, 411, 413, 416, 417, 418, 419, 420, 421. 428, 436^1, 442, 437), з яких 9 статей (статті 149, 155. 157, 158, 159, 325. 365, 419, 420) були викладені в новій редакції кілька разів.

37 статей Особливої частини КК було виключено, з яких 13 статей — це статті, якими було доповнено Особливу частину КК у процесі поточної правотворчості.

Окрім того, свою «лепту» в коригування КК вніс і КСУ, який визнавав окремі статті цього Кодексу неконституційними (ч. 1 ст. 69[60], ст. 368^2 [61], 375[62], 366^1 [63], ч. 1 ст. 81[64], ч. 1 ст. 82[65]).

---

[59] Загиней-Заболотенко З. А. Зміни та доповнення Кримінального кодексу України — з моменту набрання чинності до сьогодення. *Там само.* С. 96. URL: https://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2025/10/APP_05_2025_part-1.pdf

[60] Рішення КСУ від 02.11.2004 № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням ВСУ щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text

[61] Рішення КСУ від 26.02.2019 № 1-р/2019 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368^2 Кримінального кодексу України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text

[62] Рішення КСУ від 11.06.2020 № 7-р/2020 у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-20#Text

[63] Рішення КСУ від 27.10.2020 № 13-р/2020 у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20#Text

[64] Рішення КСУ від 16.09.2021 № 6-р(II)/2021 у справі за конституційними скаргами Крупка Дмитра Володимировича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 81, частини першої статті 82 Кримінального кодексу України, Костіна Володимира Володимировича, Мельниченка Олександра Степановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 82 Кримінального кодексу України та за конституційною скаргою Гогіна Віктора Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 81 Кримінального кодексу України (справа про перегляд вироку особі, караній на довічне позбавлення волі). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-21#Text

[65] Рішення КСУ від 16.09.2021 р. № 6-р(II)/2021. *Там само.*

Таким чином, як вбачається з наведеного, динамізм кримінального законодавства України надзвичайно високий. У чинному КК залишилося вкрай мало статей у первісній редакції 2001 р. Загалом це зрозуміло, оскільки протягом 24-х років його чинності істотно змінився порядок суспільних відносин у відповідній сфері, що вимагало й коригування норм, спрямованих на кримінально-правове забезпечення охорони цього порядку.

Форми коригуючої правотворчості. Зміни до КК вносяться законами, які: повністю присвячені змінам у КК; передбачають зміни у законодавство України, зокрема і в КК; регулюють певний вид суспільних відносин, однак у прикінцевих та (або) перехідних положеннях яких містяться зміни до КК; присвячені виключно змінам до КК, КПК та КУпАП. Загалом відповідні закони можна назвати **коригуючими**.

Н. Ю. Гунько під коригуючими законами розуміє «різновид законів, що приймається органами законодавчої влади для коригування первинних законів, виправлення чи/та оновлення змістовних та/або формальних їхніх параметрів, забезпечення їх належного регулятивного рівня»[66]. Вважаємо, що різновидами коригуючих законів є: 1) закон про внесення змін; 2) закон про внесення доповнень; 3) закон про викладення в новій редакції. Всі ці закони стосуються первинного об'єкту — первісного тексту закону. В випадку, що розглядається, таким первинним об'єктом є текст КК, а саме — текст статті, частини та/або пункту статті, які змінюються, доповнюються або викладаються в новій редакції.

Закон «Про правотворчу діяльність» виокремлює закони України про внесення змін до кодексу, первинного закону (закони про внесення змін) (п. 3 ч. 2 ст. 10), під яким розуміється закон, яким змінюється окремий структурний елемент кодексу або первинного закону (ч. 1 ст. 13)[67].

Згідно з ч. 1 ст. 42 Закону «Про правотворчу діяльність» зміни до нормативно-правового акта можуть вноситися шляхом зміни окремих його структурних елементів. Основною метою внесення змін до нормативно-правового акта, як правило, є: 1) необхідність зміни регулювання суспільних відносин, якщо це може бути здійснено в межах чинного нормативно-правового акта (для первинного закону, кодексу); 2) врегулювання змінених суспільних відносин, якщо це може бути здійснено

[66] Гунько Н. Ю. Зміни та доповнення до законів України: загальнотеоретичні та технічно-технологічні питання. Там само. С. 20.

[67] Про правотворчу діяльність: Закон від 24.08.2023 № 3354-IX. Там само.

в межах чинного нормативно-правового акта (для первинного закону, кодексу); 3) визнання КСУ нормативно-правового акта чи окремого його структурного елемента таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним); 4) зміна законодавчого регулювання відповідних суспільних відносин (для підзаконного нормативно-правового акта); 5) усунення колізій, прогалин у нормативно-правових актах у зв'язку з прийняттям (виданням) нового нормативно-правового акта, якщо це не було зроблено під час його прийняття (видання); 6) виправлення помилок у нормативно-правовому акті[68].

Зауважимо, що Закон «Про правотворчу діяльність» не розрізняє «зміни до закону» («внесення змін до закону») та «доповнення до закону» («внесення доповнень до закону»). Як передбачено у ч. 6 ст. 42 Закону «Про правотворчу діяльність», формулювання тексту проєкту нормативно-правового акта про внесення змін здійснюється шляхом: 1) викладення його структурного елемента в новій редакції; 2) заміни його структурного елемента одним або декількома новими структурними елементами такого самого рівня; 3) виключення та (або) включення раніше виключеного його структурного елемента; 4) доповнення нормативно-правового акта чи його структурного елемента новим структурним елементом відповідного рівня[69].

Тобто, доповнення закону розглядаються як різновид змін до нього. Водночас у теорії права зміни до закону / внесення змін до закону, доповнення закону / внесення доповнень до закону справедливо розрізняються.

Це випливає, передусім, зі значень слів «зміна», «доповнення» в українській мові. «Зміна» розуміється як перехід, перетворення чого-небудь (стану, руху, ознаки, властивості тощо) на щось якісно інше і змінювання; заміна кого-, чого-небудь кимось, чимось іншим[70]; «змінювати» — міняти, робити іншим; заміняти одне іншим; приходити на зміну комусь, чомусь[71]; «заміняти» — використовувати, вживати і т. ін. замість чого-небудь щось інше; використовувати замість іншого[72]. «Доповнення» — те, що доповнює що-небудь, виступає додатком до чогось; дія за

[68] Про правотворчу діяльність: Закон від 24.08.2023 № 3354-IX. Там само.

[69] Про правотворчу діяльність : Закон від 24.08.2023 № 3354-IX. Там само.

[70] Великий тлумачний словник сучасної української мови. Там само. С. 373.

[71] Новий тлумачний словник української мови : 42000 слів : у 4 т. уклад. В. В. Яременко, О. М. Сліпушко. Київ, Т. 2 : Ж — ОБД. [Б. м.] : [б.и.], 1998. 910 с. С. 159.

[72] Новий тлумачний словник української мови. Там само. С. 79.

значенням доповнити; а доповнити, доповнювати — додаючи що-небудь до того, що вже є або відомо, робити його повнішим[73].

Н. Ю. Гунько вважає, що значення термінів «зміна» і «доповнення» є різним. У першому випадку йдеться про заміну нормативно-правового припису чи іншого структурного або мовного елементу, а у другому — про додаток. При цьому, на думку цієї дослідниці, при доповненні склад правовідносин не змінюється (попереднє коло суб'єктів зберігається, до них додаються тільки учасники), а розширюється коло повноважень, обсяг обов'язків і прав, додається новий об'єкт правовідносин або об'єкти. Натомість при зміні кардинально або частково змінюється склад учасників, об'єкти правовідносин тощо. Тому авторка справедливо зауважує, що зміни й доповнення є самостійними спеціальними (характерними, власне, для цього виду законотворчої техніки) засобами коригуючої законотворчої техніки[74].

Хоча така точка зору не є загальновизнаною і окремі науковці також не вбачають відмінностей між змінами закону / внесенням змін до закону та доповненням закону / внесенням доповнень до закону[75], однак вважаємо, що саме такий підхід, відповідно до яких вказані поняття не є тотожними, є правильним з теоретичної точки зору. Однак з урахуванням нормативних положень про ототожнення змін / внесення змін та доповнень / внесення доповнень законів будемо виходити саме з такого підходу законодавця, критикуючи його загалом з пропозиціє коригування Закону «Про правотворчу діяльність».

Викладення закону у новій редакції охоплюється поняттям внесення змін до закону з нормативної точки зору. Як передбачено у п. 1 ч. 6 ст. 42 Закону «Про правотворчу діяльність», формулювання тексту проєкту нормативно-правового акта про внесення змін здійснюється шляхом викладення його структурного елемента в новій редакції. У такому разі попередня його редакція втрачає чинність з дня набрання чинності новою редакцією цього структурного елемента (ч. 7 ст. 42 вказаного Закону)[76].

Підставами для викладення нормативно-правового акта в новій редакції В. М. Косович називає «внесення змін до більшої частини закріплених у цьому акті юридичних норм, або за умови, що ці зміни

[73] Новий тлумачний словник української мови. Там само. С. 817.

[74] Гунько Н. Ю. Зміни та доповнення до законів України: загальнотеоретичні та технічно-технологічні питання. Там само. С. 56–57, 107.

[75] Косович В. М. Загальнотеоретичні аспекти удосконалення нормативно-правових актів. Там само. С. 122.

[76] Про правотворчу діяльність : Закон від 24.08.2023 № 3354-IX. Там само.

порушують правоположення, створені (сформульовані) шляхом використання нормопроєктної техніки, або корегують предмет, методи чи принципи правового регулювання»[77]. На думку Н. Ю. Гунько, «закон у новій редакції не є досконалою (ефективною) формою об'єктивації результатів коригуючої законотворчої діяльності. Констатується, що новий закон на заміну старого може прийматися за умов, якщо: 1) змін та доповнень настільки багато, що це спричиняє труднощі у сприйнятті закону; 2) зміни істотно впливають на зміст закону; 3) змінюються предмет, метод або засади регулювання»[78].

В. І. Риндюк зазначає: «у разі необхідності внесення до чинного закону значної кількості змін, закон викладається в новій редакції. Закон, прийнятий у новій редакції, як правило, зберігає стару назву». Натомість, як пізніше йдеться у цій роботі, якщо змінюються принципи, концептуальні засади правового регулювання відповідних суспільних відносин, то приймається новий закон на заміну раніше чинного. Відмінністю і одночасно обов'язковою складовою частиною такого закону є положення про те, що раніше чинний закон втрачає чинність[79].

Викладення закону в новій редакції не належить до закону про внесення змін та доповнень, однак є проявом коригуючої правотворчої діяльності.

Водночас слід зауважити, що далеко не завжди закони, якими вносяться зміни і доповнення до КК, а також викладається в новій редакції той чи інший нормативний припис / приписи, належать до тих, що модернізують кримінальне законодавство України. Якщо відповідними коригуючими законами запроваджується новий кримінально-правовий інститут, який тим більше має комплексний характер, включаються нові статті КК (згідно з правилами нормотворчої техніки їм присвоюється відповідна позначка) або викладаються в новій редакції з істотно зміненою редакцією відповідної статті з урахуванням зміни регулятивного законодавства, міжнародно-правових зобов'язань, взятих на себе Україною, а також судової практики у вигляді правових висновків ВС[80]. Окрім того, про модернізацію кримінального законодавства України

[77] Косович В. М. Загальнотеоретичні аспекти удосконалення нормативно-правових актів. Там само. С. 360.

[78] Гунько Н. Ю. Зміни та доповнення до законів України: загальнотеоретичні та техніко-технологічні питання. Там само. С. 94.

[79] Риндюк В. І. Проблеми законодавчої техніки в Україні: теорія та практика : монограф. Відп. ред. Ющик О. І. Київ : «Юридична думка», 2012. С. 86–87

[80] У випадку модернізації кримінального законодавства України йдеться про орієнтуючу судову практику ККС

свідчить, на нашу думку, й «реанімація» у КК кримінально-правової норми, попередньо виключеної з цього Кодексу, незалежно від того, чи викладається вона в оновленій редакції[81]. Тобто, циклічність свідчить про модернізацію кримінального законодавства України.

У чинному КК, починаючи з 2020 р., передбачено спеціальну процедуру внесення змін до КК[82]. Згідно з ч. 6 ст. 3 цього Кодексу зміни до законодавства України про кримінальну відповідальність можуть вноситися виключно законами про внесення змін до цього Кодексу та/або до кримінального процесуального законодавства України, та/або до законодавства України про адміністративні правопорушення.

В пояснювальній записці до цього законопроєкту таке коригування було обґрунтовано тим, що досить часто зміни до КК вносяться іншими нормативно-правовими актами, які не належать до відання профільного Комітету ВРУ з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, а тому не отримують належної правової експертизи [3]. Головне науково-експертне управління апарату ВРУ висловило зауваження до законопроєкту, про який йде мова, відзначивши, що прийняття законопроєкту призведе до того, що реалізація однієї і тієї ж законодавчої ідеї нерідко потребуватиме на розгляд ВРУ не одного законопроєкту, а двох чи трьох або навіть чотирьох (якщо будуть запропоновані зміни до КК, КУпАП, КПК) одночасно), які необхідно буде розглянути разом (як того вимагає ч. 8 ст. 90 Регламенту ВРУ). До того ж головним по цих законопроєктах буде визначено не один Комітет ВРУ, а два чи три, що, в свою чергу, не оптимізує роботу комітетів ВРУ, а, навпаки, лише ускладнить її.

Непослідовним вбачається підхід законодавця, який передбачив правило про внесення змін до КК виключно кримінальним законом про внесення змін до цього Кодексу, КПК та/або КУпАП, забувши при цьому, що до кодексів «кримінально-правового циклу» слід відносити й КВК. Якщо у чинному КК міститься припис відповідного змісту у ч. 6 ст. 3 КК, то слід доповнити його вказівкою на те, що зміни до кримінального закону можуть бути внесені законами про внесення змін до КК, КПК, КВК та КУпАП[83].

---

[81] Хоча, як свідчить аналіз внесених змін до КК, в таких випадках законодавець оновлює формулювання «реанімованих» кримінально-правових приписів

82

[82] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедури внесення змін: Закон від 19.05.2020 № 619-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/619-20#n9

83

[83] Загиней-Заболотенко З. А. Зміни та доповнення Кримінального кодексу України — з моменту набрання чинності до сьогодення. *Там само*. С. 98. URL: https://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2025/10/APP_05_2025_part-1.pdf

Аналіз законів, прийнятих після набрання чинності положенням ч. 6 ст. 3 КК, дозволяє зробити висновок, що законодавець в окремих випадках не дотримався відповідних вимог цього нормативного припису. Так, Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів» від 19.06.2020 № 738-IX було викладено в новій редакції Закон «Про цінні папери та фондовий ринок» (зі зміненою назвою «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки»), а також внесено зміни зокрема до КК, а саме у ст. 222^1 «Маніпулювання на організованих ринках», доповнено КК новими статтями (ст. 222^2 «Маніпулювання на енергетичному ринку»)[84]. Законом «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» від 14.07.2020 № 768-IX. В його п. 7 Розділу XI «Прикінцеві та перехідні положення» здійснено коригування КК — викладено в новій редакції ст. 203^2 «Незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей» та доповнено його новою ст. 365^3 «Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей»[85].

Нормативний порядок внесення змін до КК, на нашу думку, щонайменше незручний. Адже на сьогодні у разі прийняття закону, який по-іншому чи по-новому регулює порядок суспільних відносин, доцільно розробити кілька законопроєктів — первісний (основний) закон регулятивного характеру та другий (похідний), яким вносяться зміни до КК. Різні адресанти цих взаємопов'язаних нормативно-правових актів (профільні Комітети ВРУ) можуть не до кінця пропрацьовувати законодавчу техніку цих нормативно-правових актів, що може негативно вплинути на виникнення колізій, суперечностей, прогалин та інших недоліків.

Таким чином, на нашу думку, доцільно виключити з КК ч. 6 ст. 3 та внести зміни в Регламент ВРУ, які стосуються закріплення механізму розгляду законопроєктів регулятивного та охоронного призначення, які стосуються одного і того ж чи подібних питань правового регулювання.

84

85

[84] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів : Закон від 19.06.2020 № 738-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/738-20

[85] Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор : Закон від 14.07.2020 № 768-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/768-20#Text

IV. Антикорупційна модернізація кримінального законодавства України

Модернізація кримінального законодавства України відбувалася протягом всього часу дії КК. Однак розпочалася вона не в перші роки набрання чинності цим Кодексом. Ураховуючи складність повного дослідження відповідної проблематики, зупинимося лише на окремих етапах модернізації кримінального законодавства України, які були найбільш важливими та помітними.

Чи не найбільш довготривалим та важливим етапом модернізації кримінального законодавства України стало антикорупційне осучаснення КК з урахуванням тих зобов'язань, які взяла на себе наша держава, ратифікувавши такі антикорупційні міжнародні документи, як Конвенція ООН проти корупції[86], Кримінальна конвенція РЄ) проти корупції[87], Додатковий протокол до неї[88].

Фактично антикорупційна модернізація КК почала відбуватися з 2009 р., однак вона була невдалою. В цьому році КК було доповнено розділом VII-А «Злочини у сфері службової діяльності в юридичних особах приватного права та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», внесено ряд змін в інші «антикорупційні» статті. Зокрема, викладено в новій редакції ст. 358 КК, доповнено ст. 368[1] (незаконне збагачення), 369[1] (зловживання впливом), внесено зміни у статті 354, 365, 366, 367 КК тощо[89]. У Пояснювальній записці до проєкту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення (реєстр № 0875 від 23.11.2007) вказано, що цей законопроєкт розроблено, зокрема, з метою приведення кримінального законодавства та законодавства про адміністративну відповідальність у відповідність до положень Конвенції ООН проти корупції від 31.10.2003 і проєкту Закону «Про засади запобігання та протидії корупції»[90].

86

87

88

89

90

[86] Конвенція ООН проти корупції : Конвенція, Міжнародний документ від 31.10.2003. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text

[87] Кримінальна конвенція Ради Європи проти корупції : Конвенція, Міжнародний документ від 27.01.1999 № ETS173. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_101#Text

[88] Додатковий протокол до Кримінальна конвенція Ради Європи проти корупції : Протокол, Міжнародний документ від 15.05.2003 № ETS 191. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_172#Text

[89] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон від 11.06.2009 № 1508-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-17#Text

[90] Пояснювальна записка до проєкту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення (реєстр. № 0875 від 23.11.2007). URL: https://w2.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=0875&skl=7

Указаний Закон, яким вносилися зміни у КК було прийнято в одному пакеті з рамковим нормативно-правовим актом у цій царині — Законом «Про засади запобігання та протидії корупції» від 11.06.2009 № 1506-VI[91] та Законом «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень» від 11.06.2009 № 1507-VI[92], який фактично мав кримінально-правовий характер, оскільки поза межами КК передбачав підстави кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень. Вказані закони втратили чинність у 2010 р.[93]

Продовження антикорупційної модернізації КК відбулося у 2011 р. 07.04.2011 було прийнято рамковий нормативно-правовий акт у цій сфері — Закон «Про засади запобігання і протидії корупції» № 3206-VI[94], а також коригуючий кримінальний закон — Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 07.04.2011 № 3207-VI[95]. Указаним законом відбулася істотна модернізація КК у частині кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення. Зокрема, викладено в новій редакції статті 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, доповнено КК новими статтями 364^1, 365^1, 365^2, 368^2, 368^3, 368^4, 369^2. Прийняття вказаних Законів було продиктовано, зокрема, необхідністю адаптації окремих положень КК антикорупційним конвенціям. Указаним законом встановлено кримінальну відповідальність за зловживання повноваженнями службових осіб юридичних осіб приватного права, осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, їх комерційний підкуп, за зловживання впливом тощо. Тобто фактично була нормативно вибудувана нова вертикаль норм про кримінальну відповідальність за корупційні правопорушення.

[91] Про засади запобігання та протидії корупції : Закон від 11.06.2009 № 1506-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1506-17#Text

[92] Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень: Закон від 11.06.2009 № 1507-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1507-17#Text

[93] Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції : Закон від 21.12.2010 № 2808-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2808-17#Text

[94] Про засади запобігання і протидії корупції : Закон від 07.04.2011 № 3206-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3206-17#Text

[95] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон від 07.04.2011 № 3207-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3207-17#Text

На цьому антикорупційна модернізація КК не закінчилася, а була продовжена в наступні роки. Так, у 2013 р. у новій редакції викладено статті 354, 368, 369, внесено зміни та/або викладено в новій редакції частини статей 364^1, 368^2, 368^3, 368^4, 369^2, 370^{96}. Модернізація торкнулася таких положень КК, як віднесення усіх корупційних правопорушень, пов'язаних з отриманням неправомірної вигоди, до числа злочинів, заміна терміна «хабар» на термінологічний зворот «неправомірна вигода», криміналізація всіх елементів активного та пасивного хабарництва, встановлення кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди, розширення меж застосування диспозицій корупційних правопорушень таким чином, щоб відповідні положення стосувалися випадків, коли корупційна дія вчиняється в інтересах третьої сторони, встановлення більш жорстких, порівняно з наявними, санкцій за корупційні діяння у публічній сфері, усунення ризику зловживання інститутом дієвого каяття, шляхом уведення додаткових обов'язкових умов для можливого звільнення від відповідальності за корупцію (впровадження обов'язкового поєднання двох чинників — вимагання та добровільного інформування органу досудового розслідування, тоді як на сьогодні для такого звільнення достатньо будь-якої з цих двох умов)[97].

В один день з указаним коригуючим законом було ухвалено інший закон, якими також відбулася модернізація антикорупційного кримінального законодавства. Законом було введено поняття «спеціальна конфіскація» та запроваджено можливість її застосування за вчинення корупційних правопорушень, передбачених статтями 364, 366, 368, 368^2, 369, 369^2 [98] КК. Необхідність ухвалення вказаного Закону була обумовлена потребою приведення норм чинного законодавства України у відповідність до положень Кримінальної конвенції про боротьбу

96 [96] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон від 18.04.2013 № 221-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/221-18#Text

97 [97] Пояснювальна записка до Проєкту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (реєстр. № 2802 від 15.04.2013). URL: https://w2.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2802&skl=8

98 [98] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України : Закон від 18.04.2013 № 222-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-18#Text

з корупцією в частині запровадження процедури конфіскації майна та доходів, отриманих від корупційних діянь, а також реалізації заходів, передбачених Планом дій щодо лібералізації ЄС візового режиму для України.

Тобто, модернізація кримінального законодавства України може відбуватися стосовно розділу або частини розділу, тексту цілої статті чи кількох статей КК, диспозиції та/або санкції конкретної статті чи конкретних статей цього Кодексу. Головне, щоб самі зміни носили новітній характер, необхідний для максимальної адаптації цього Кодексу до сучасного порядку суспільних відносин.

У 2013 р. концептуально було змінено КК та доповнено цей Кодекс таким інститутом, як ЗКПХ (розділ XIV[1])[99]. Впровадження нового інституту у КК потрібно вважати модернізацією кримінального законодавства України, оскільки відповідним його впровадженням Україна, передусім, виконала свої міжнародні зобов'язання, що містяться в міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана ВРУ. Як зазначено в Пояснювальній записці до відповідного законопроєкту, його метою є протидія злочинній діяльності в інтересах юридичних осіб на міжнародному рівні низкою міжнародних договорів, серед яких, зокрема, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією, Конвенція РЄ про запобігання тероризму, Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму, учасницею яких є Україна та якими передбачено обов'язок держав-учасниць щодо запровадження відповідальності юридичних осіб за передбачені цими міжнародно-правовими актами злочини, а також з метою **забезпечення виконання рекомендацій Групи держав проти корупції (GRECO), Спеціального Комітету експертів РЄ з питань оцінки заходів боротьби з відмиванням коштів (MONEYVAL)**[100].

Вказаний закон модернізував кримінальне законодавство, оскільки з метою приведення у відповідність з міжнародними актами вперше в

[99] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб: Закон від 23.05.2013 № 314-VII. модернізація кримінального законодавства України може відбуватися стосовно розділу або частини розділу, тексту цілої статті чи кількох статей КК, диспозиції та/або санкції конкретної статті чи конкретних статей цього Кодексу. Головне, щоб самі зміни носили новітній характер, необхідний для максимальної адаптації цього Кодексу до сучасного порядку суспільних відносин. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/314-18/paran6#n6

99

[100] Пояснювальна записка до проєкту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб) (реєст. № 2990 від 14.05.2013). URL: https://w2.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2990&skl=8

100

Україні було запроваджено застосування ЗКПХ. При цьому Україна обрала свою модель застосування таких заходів, впровадивши квазікримінальну відповідальність юридичних осіб, яка з урахуванням як кримінально-правової, так і кримінально-процесуальної природи таких заходів має повність залежний (несамостійний) характер від притягнення до кримінальної відповідальності фізичну особу, яка вчинила кримінальне правопорушення від імені та/або в інтересах юридичної особи, будучи уповноваженою діяти від її імені.

Квазікримінальний характер відповідальності юридичної особи у КК виявляються у такому: застосування щодо юридичних осіб ЗКПХ можливе лише у випадку вчинення злочину її уповноваженою особою; злочин, що вчинений уповноваженою особою, повинен мати певний зв'язок з юридичною особою, а не бути вчинений у приватних інтересах; можливість звільнення юридичних осіб від застосування ЗКПХ (ст. 96^5 КК) залежить від темпоральності злочинної поведінки уповноваженої особи; ЗКПХ, що можуть застосовуватися щодо юридичної особи, за своїм характером є адміністративними; під час застосування щодо юридичних осіб ЗКПХ враховуються обставини злочину, вчиненого уповноваженою особою (загальні правила їх застосування)[101].

Про те, що у разі запровадження ЗКПХ відбулася модернізація кримінального законодавства України, а не усунення допущених помилок чи інше більш незначне коригування відповідних нормативних приписів, свідчить і та обставина, що законодавець Законом від 23.05.2013 № 314-VII не просто включив нові норми в КК, а фактично створив цілий комплексний нормативно-правовий інститут, який «складається з двох субінститутів кримінально-правового та кримінального процесуального характеру, характеризується специфічним предметом (порядок суспільних відносин стосовно застосування ЗКПХ у разі вчинення уповноваженою особою юридичної особи від імені та/або в інтересах юридичної особи кримінального правопорушення, визначеного у ст. 96^3 КК) та методом (імперативним — у межах кримінально-правового, та судовим (змагальним) — у межах кримінального процесуального субінститутів) правового регулювання, норми якого спрямовані на впорядкування відповідного однорідного порядку суспільних відносин, який склався у зв'язку з запровадженням у національне законодавство

101

[101] Загиней З. А. Квазікримінальна відповідальність юридичних осіб за кримінальним та кримінальним процесуальним законодавством України. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 3 (49). С. 50–51. URL: https://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/6983/1/Vnapu_2017_3_10.pdf

квазікримінальної відповідальності юридичних осіб на виконання міжнародних зобов'язань, взятих Україною»[102].

Кримінальні процесуальні норми цього комплексного інституту також вказують на квазікримінальний характер відповідальності юридичних осіб. Так, можна виокремити такі характеристики процесуальної залежності між реагуванням держави на вчинення злочину уповноваженою особою та реагуванням стосовно юридичної особи: одночасність провадження щодо застосування до юридичної особи ЗКПХ та відповідного кримінального провадження, в якому фізичній особі повідомлено про підозру (ч. 8 ст. 214 КПК); одночасність провадження щодо застосування до юридичної особи ЗКПХ та відповідного кримінального провадження, в якому фізичній особі повідомлено про підозру (ч. 8 ст. 214 КПК); можливість закриття провадження щодо юридичної особи у разі закриття кримінального провадження чи ухвалення виправдувального вироку щодо уповноваженої особи юридичної особи (ч. 3 ст. 284 КПК); визнання стороною кримінального провадження представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК); передбачення в обвинувальному акті щодо фізичної особи підстави застосування до юридичних осіб ЗКПХ та визначення додатком до обвинувального акта довідки про юридичну особу, щодо якої здійснюється провадження, із зазначенням найменування юридичної особи, її юридичної адреси, розрахункового рахунка, ідентифікаційного коду, дати та місця державної реєстрації (п. 7^1 ч. 2, п. 5 ч. 4 ст. 291 КПК); включення до змісту вироку відомостей про сторони кримінального провадження та інших учасників судового провадження (згідно з п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК стороною кримінального провадження є представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження) — у вступній частині вироку, мотивів ухвалення інших рішень із питань, які вирішуються судом при ухваленні вироку, та положень закону, якими керувався суд, у разі визнання особи виправданою чи винуватою (відповідно до п. 7^1 ч. 1 ст. 368 КПК суд при ухваленні вироку вирішує питання, чи є підстави для застосування до юридичних осіб ЗКПХ) — у мотивувальній частині вироку, рішення про закриття провадження щодо юридичної особи у разі визнання особи виправданою, рішення про застосування до юридичної особи ЗКПХ у разі визнання особи

[102] Загиней-Заболотенко З. А. Застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб як нормативно-правовий інститут. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету, Серія ПРАВО.* 2024. Вип. 83 : ч. 3. С. 53. URL: https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2024/07/9-2.pdf 102

винуватою — у резолютивній частині вироку (п. 6 ч. 2, п.п. 1, 2 ч. 3, п. 1 ч. 4 ст. 374 КПК); закріплення положення про недопущення укладення угоди про примирення у кримінальному провадженні щодо уповноваженої особи юридичної особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, у зв'язку з яким здійснюється провадження щодо юридичної особи, а також недопущення укладення угоди про визнання винуватості у такому разі, крім випадків надання всіма потерпілими письмової згоди прокурору на укладення ними угоди (ч.ч. 3, 4 ст. 469 КПК)[103].

На сьогодні зміни та доповнення до цього розділу вносилися 13-ма коригуючими законами, одним з яких ст. 96^7 КК, присвячену застосуванню штрафу до юридичних осіб, викладено в новій редакції[104]. Практично всі з коригуючих законів мали «точковий» характер, оскільки стосувалися окремих положень інституту застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. Наприклад, Законом від 08.10.201531-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання і протидії політичній корупції» у новій редакції викладено п. 4 ч. 1 ст. 96^3 КК (доповнення цього пункту незначне), а також доповнено вказівкою на «частини 2–4 ст. 159^1» примітку цієї статті[105]. Законом від 18.02.2021 № 1256-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Ланцаротської конвенції)» ст. 96^3 було доповнено новим пунктом 6, відповідно до якого заходи кримінально-правового характеру можуть застосовуватися до юридичних осіб у разі вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи стосовно малолітньої чи неповнолітньої особи будь-якого із кримінальних правопорушень, передбачених статтями 152–156^1, 301^1–303 цього Кодексу»; доповнено вказівкою на відповідні статті примітку ст. 96^3 КК, а також внесено незначні зміни у статті 96^4 та 96^9 КК[106].

---

[103] Загиней З. А. Квазікримінальна відповідальність юридичних осіб за кримінальним та кримінальним процесуальним законодавством України. Там само. С. 52–53.

104 [104] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України : Закон від 13.05.2014 № 1261-VII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1261-18/paran29#n29

105 [105] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання і протидії політичній корупції : Закон від 08.10.2015 № 731-VIII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/731-19/paran25#n25

106 [106] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Ланцаротської конвенції) : Закон від 18.02.2021 № 1256-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1256-20#n9

Указані зміни «точкового» характеру не можна вважати такими, що спрямовані на модернізацію кримінального законодавства України, оскільки вони його не осучаснюють, а приводять у відповідність з іншими нормативно-правовими актами, прийнятими в Україні. При цьому в багатьох випадках такі «точкові» зміни не можна вважати виправданими, оскільки вони не враховують саму сутність та правову природу комплексного інституту ЗКПХ. Вважаємо, що які б зміни не вносилися у кримінально-правову частину відповідного інституту, квазікримінальний характер застосування ЗКПХ робить такі зміни малоздійсненими, а отже коригування норм інституту ЗКПХ — неефективним.

Модернізація вказаного інституту відбулася Законом від 04.12.2024 № 4111-IX «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо вдосконалення механізмів притягнення юридичних осіб до відповідальності за підкуп посадових осіб іноземних держав»[107]. Адже частину цього правового інституту було істотно модернізовано. Зокрема, йдеться про визначення підстави для застосування до юридичної особи ЗКПХ незалежно від притягнення до кримінальної відповідальності фізичної особи у разі підкупу іноземної посадової особи (ч. 2 ст. 96^3 КК); збільшення розміру штрафів, які застосовуються до юридичних осіб як основний ЗКПХ та можливість застосування додаткових (нефінансових) ЗКПХ; правила застосування ЗКПХ та обмеження на ліквідацію юридичних осіб за спеціальною процедурою[108].

Таким чином, лише такі глобальні зміни можна вважати модернізацією кримінального законодавства України, коли не просто вносяться певні «точкові» коригування, а й змінюють вектор кримінально-правового впливу на відповідний порядок суспільних відносин, на порядок підстави реалізації відповідного кримінально-правового припису.

Так, Законом від 04.12.2024 № 4111-IX змінено вектор застосування норм про ЗКПХ з повністю квазікримінального (залежного) характеру

---

[107] Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо вдосконалення механізмів притягнення юридичних осіб до відповідальності за підкуп посадових осіб іноземних держав : Закон від 04.12.2024 № 4111-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4111-20#n20

[108] Пояснювальна записка до проєкту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо удосконалення механізмів притягнення юридичних осіб до відповідальності за підкуп посадових осіб іноземних держав» (реєстр. № 11443 від 25.07.2024). URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=11443&conv=9

їх застосування від притягнення фізичної особи до кримінальної відповідальності за вчинення правопорушення від імені та в інтересах юридичної особи, що передбачений у ч. 1 ст. 96[3] КК, до самостійного (незалежного) застосування таких заходів до юридичних осіб незалежно від притягнення фізичної особи до кримінальної відповідальності за правопорушення, передбачене статтями 209 369, 369[2] КК, вчинене уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи, якщо такі кримінальні правопорушення вчинено стосовно службових осіб, передбачених ч. 4 ст. 18 цього Кодексу. Йдеться про посадових особи іноземних держав, іноземний третейських суддів, осіб, уповноважених вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадових осіб міжнародних організацій, а також членів міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та суддів і посадових осіб міжнародних судів. Правило про самостійне застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб закріплено безпосередньо у КК — абз. 2 ч. 2 ст. 96[3] КК.

У 2014 р. Україна, попри виклики Революції Гідності, не полишила євроінтеграційний курс, спрямований, зокрема, і на модернізацію кримінального законодавства. Протягом цього року, як вбачається з діаграми 1, було ухвалено рекордну кількість коригуючих кримінальних законів (26), значна кількість яких стосувалася оновлення кримінального законодавства у частині відповідальності за корупційні правопорушення. У 2014 р. було прийнято рамковий Закон «Про запобігання корупції»[109]. Також було й модернізовано кримінальне законодавство України.

Попри те, що Законом «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» від 21.02.2014 № 746-VII у новій редакції було викладено лише ст. 365 КК, а до інших статей було внесено лише «точкові» зміни. Водночас цим Законом було виключено такий злочин, як перевищення військовою службовою особою влади (ст. 424 КК). Однак вказаний нормативно-правовий акт можна віднести до такого, що модернізував кримінальне законодавство України, оскільки обмежив склад суб'єктів перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК), закріпивши, що таким суб'єктом може визнаватися виключно працівник правоохоронного органу. Попри те, що вказане кримінальне правопорушення не належить до корупційних, однак відповідні зміни істотно вплинули

109

[109] Про запобігання корупції : Закон від 14.10.2014 № 1700-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#n813

на правозастосовну складову після такої модернізації, оскільки після внесення відповідних змін зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК) могла охоплювати перевищення влади або службових повноважень, вчинене не працівником правоохоронного органу. Проте це питання виявилося неоднозначним як у теорії кримінального права, так і в судовій практиці. Тому ККС сформулював правову позицію, відповідно до якої зловживанням владою або службовим становищем є використання влади або службового становища всупереч інтересам служби, тобто всупереч тим цілям і завданням, для досягнення і реалізації яких вони надані службовій особі. При цьому зловживанням охоплюється використання влади або службового становища, яке може перебувати в межах її компетенції; перебувати поза межами компетенції службової особи, але в межах компетенції інших органів або службових осіб; перебувати поза межами компетенції будь-яких органів або службових осіб[110]. Тобто, відповідні зміни до ст. 365 КК істотно вплинули на практику правозастосування, що може свідчити про те, що модернізація кримінального законодавства вказаним законом відбулася.

Через неповних 3 місяці було прийнято ще один Закон антикорупційного характеру, який модернізував кримінальне законодавство України. Йдеться про Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 13.05.2014 № 1261-VII. Вказаним Законом з метою виконання рекомендацій експертів Європейської Комісії щодо вдосконалення положень антикорупційного законодавства, наданих у рамках переговорів щодо лібералізації ЄС візового режиму для України. Зокрема, встановлення більш суворі міри покарання та заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, передбачено поширення юрисдикції України на іноземців та осіб без громадянства, які вчинили у співучасті із службовими особами, які є громадянами України, злочини, пов'язані з активним та пасивним підкупом, зловживанням впливом, або якщо вони вчинили зазначені злочини щодо вказаних службових осіб чи навпаки; доповнено об'єктивну сторону всіх злочинів згаданої категорії елементом «обіцянка»; поширено положення щодо відповідальності за активну та пасивну форми підкупу на осіб, які працюють у будь-якій якості на підприємствах,

110

[110] Постанова ККС від 09.02.2022 (справа № 707/661/17). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/103283240

установах, організаціях приватного сектору[111]. Відповідно до вказаного Закону у новій редакції викладено цілий ряд статей, які передбачають кримінальну відповідальність за корупційні правопорушення, а саме статті 354, 368, 368[3], 368[4], 369 КК, а також внесено зміни в цілий ряд інших статей цього Кодексу. Окрім того, відповідними змінами забезпечено виконання рекомендацій **європейських експертів щодо забезпечення спеціальної конфіскації по предикатних злочинах та викладено в новій редакції ст. 96[1] КК.**

Подальша антикорупційна модернізація кримінального законодавства України відбулася Законами, один з яких є рамковим у сфері запобігання корупції (Закон «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII[112]), а іншим створено спеціально уповноважений орган та визначено його повноваження у сфері запобігання та протидії корупції (Закон «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14.10.2014 № 1698-VII[113]). Першим з указаних Законів було встановлено кримінальну відповідальність за декларування недостовірної інформації (ст. 366[1] КК), а другим — змінено підхід до змісту понять «службові особи, які займають відповідальне становище» та «службові особи, які займають особливо відповідальне становище» (примітка ст. 368 КК).

У 2015 р. антикорупційна модернізація кримінального законодавства України продовжилася. Зокрема, було запроваджено поняття у вигляді вичерпного переліку корупційних кримінальних правопорушень (примітка ст. 45), змінено та уточнено спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності за ці правопорушення (ч. 5 ст. 354 КК), викладено в новій редакції склад зловживання впливом (ст. 368[2] КК)[114], викладено в новій редакції окремі частини статей про спеціальну конфіскацію майна (статті 96[1], 96[2] КК)[115].

111

113

114

115

[111] Пояснювальна записка до проєкту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України (реєстр. № 4556 від 25.03.2014). URL: https://w2.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=4556&skl=8

[112] Про запобігання корупції : Закон від 14.10.2014 № 1700-VII. Там само.

[113] Про Національне антикорупційне бюро України : Закон від 14.10.2014 № 1698-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698-18#n331

[114] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції : Закон від 12.02.2015 № 198-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/198-19#n26

[115] Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні : Закон від 10.11.2015 № 770-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/770-19#n2

Наступний період, починаючи з 2016 р., характеризується відносним затишком щодо антикорупційної модернізації кримінального законодавства України, протягом якого вносилися лише точкові зміни щодо статей, в яких передбачається кримінальна відповідальність за корупційні кримінальні правопорушення, які, як зазначалося вище, не можна відносити до модернізації кримінального законодавства України.

У вказаний період відбулася модернізація кримінального законодавства України під приводом приведення у відповідність з Конституцією України таких складів корупційних кримінальних правопорушень, як незаконне збагачення та декларування недостовірної інформації, статті про які були визнані КСУ неконституційними[116]. На виконання вимог цих рішень КСУ коригуючими законами КК було доповнено статтями 368^5 «Незаконне збагачення»[117], 366^2 «Декларування недостовірної інформації» та 366^3 «Неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування»[118].

Антикорупційна модернізація кримінального законодавства України відбулася Законом від 29.10.2024 № 4033-IX «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо вдосконалення регулювання угод про визнання винуватості у кримінальних провадженнях щодо корупційних кримінальних правопорушень та кримінальних правопорушень, пов'язаних з корупцією». Про такий характер цього закону можна судити не лише по кількості статей, в які було внесено зміни і доповнення, а й по тому,

---

[116] Рішення КСУ від 26.02.2019 № 1-р/2019 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368^2 Кримінального кодексу України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text ; Рішення КСУ від 27.10.2020 № 13-р/2020 у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20#Text (дата зверн. : 15.09.2025).

116^1 116^2

[117] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів : Закон від 31.10.2019 № 263-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/263-20#n10

117

[118] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування : Закон від 04.12.2020 № 1074-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1074-20#n14

118

що він фактично вирішив дискусійний момент, який існував як у теорії кримінального права про те, чи можливе звільнення від відбування покарання з випробуванням за корупційне кримінальне правопорушення у випадку затвердження угоди про визнання винуватості.

Так, науковці здебільшого вважали, що оскільки за вчинення корупційного кримінального правопорушення особа не може бути звільнена від покарання з випробуванням (ч. 1 ст. 75 КК), то вона не може бути звільнена від покарання з випробуванням у разі укладення угоди про визнання винуватості чи угоди про примирення, якою узгоджено застосування такого заохочення[119]. Водночас інші науковці вважали, що в кримінальному законі відсутня «пряма заборона на звільнення від відбування покарання із випробуванням за вчинення корупційних злочинів на підставі угод про визнання винуватості щодо корупційних злочинів»[120].

У переважній більшості випадків ВАКС допускав можливість звільнення від відбування покарання з випробуванням за корупційні кримінальні правопорушення на підставі угоди про визнання винуватості. Наприклад, в одному з вироків ВАКС зазначено, що ч. 1 ст. 75 КК поширюється на загальний порядок розгляду кримінальних проваджень, а ч. 2 ст. 75 КК застосовується до особливого порядку ухвалення вироку на підставі угоди і виключення, яке передбачене частиною першою «крім випадків засудження за корупційне кримінальне правопорушення», в даному випадку не може бути застосованим імперативно[121]. В іншому вироку ВАКС зауважує, що загальні засади призначення покарання, визначені ст. 86 КК, наділяють суд правом вибору однієї із форм реалізації кримінальної відповідальності — призначити покарання або звільнити від покарання чи від його відбування, завданням яких є виправлення обвинуваченого та попередження нових кримінальних

119¹ 119²

[119] Бабанли Р. Ш. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади : моногр. Чернігів: Десна Поліграф, 2019. С. 358 ; Зеленов Г. М., Кваша О. О. Недоліки судової практики в частині звільнення від відбування покарання з випробуванням за вчинення корупційних злочинів. *Судебно-юридическая газета.* 2020. 28 грудня. URL: https://cutt.ly/q5xE79e ; Книженко О. О. Звільнення від відбування покарання з випробуванням та укладання угод у кримінальному провадженні щодо корупційних злочинів. *Вісн. Луганськ. держ. ун-ту внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка*. 2015. № 1. С. 119–120 ; Слуцька Т. І. Щодо застосування ст. 75 КК до засудженого за вчинення корупційного злочину у кримінальному провадженні на підставі угоди. URL: https://cutt.ly/o5xFd0V

121

[120] Житний О. О., Клочко А. М. Деякі проблеми звільнення від відбування покарання з випробуванням особи, яка засуджується за корупційний злочин. *Вісник Харків. нац. ун-ту ім. В. Н. Каразіна.* Серія «Право». 2017. Вип. 24. С. 112.

[121] Вирок Вищого антикорупційного суду від 22.11.2021 у справі № 369/10560/17. URL: https://cutt.ly/S5xbMy4

правопорушень. Ця функція за своєю правовою природою є дискреційною, оскільки потребує врахування та оцінки конкретних обставин справи, ступеня тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, особи винного, обставин, що впливають на покарання. Реалізація цієї функції становить правозастосовну інтелектуально-вольову діяльність суду, в рамках якої приймається рішення про можливість застосування ст. 75 КК, за змістом якої рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням суд може прийняти лише у випадку, якщо призначено покарання певного виду і розміру, враховано тяжкість кримінального правопорушення, особу винного та інші обставини справи, і всі ці дані у сукупності спонукають до висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання[122].

Отже, указаним Законом відбулася антикорупційна модернізація законодавства України, спрямована на прискорення досудового розслідування у справах про корупційні кримінальні правопорушення та кримінальні правопорушення, пов'язані з корупцією. Такий модернізуючий вплив вбачається не в кількості змінених статей КК, а у вирішенні спірного питання у теорії кримінального права та у правозастосовній практиці.

Таким чином, як вбачається з наведеного, антикорупційне оновлення кримінального законодавства України відбувалося поступово під впливом, передусім, міжнародних зобов'язань України у сфері запобігання та протидії корупції, а також у зв'язку з визнанням окремих положень КК, якими передбачалася кримінальна відповідальність за корупційні кримінальні правопорушення. При цьому антикорупційне оновлення кримінального законодавства мало кілька етапів, а саме невдала спроба модернізації (2009 р.), активна фаза антикорупційної модернізації (2011–2015 рр), протягом якої відбулися найбільш істотні зміни у статтях про корупційні кримінальні правопорушення значною кількістю коригуючих законів; спорадичний етап антикорупційної модернізації (2016–2025 рр), протягом якого така модернізація відбувалася нечасто.

V. Воєнна модернізація кримінального законодавства України

Чи не найбільшим викликом для суверенної України та для всього Українського народу стала війна в Україні, яка фактично розпочалася

[122] Вирок Вищого антикорупційного суду від 20.04.2021 у справі № 991/2509/21. URL: https://cutt.ly/15xbLUq

у 2014 р. З урахуванням цього кримінальне законодавство України почало модернізуватися під вимоги воєнного часу. Буремний 2014 р., я випливає з діаграми 1, був найбільш активним в аспекті зміни КК, оскільки протягом цього року було прийнято 26 коригуючих законів.

У 2015 р. кількість таких законів була трохи меншою, однак залишалася однією з найбільших за весь період чинності КК. У цьому році будо прийнято 19 коригуючих законів. «Відповідні зміни стосувалися здебільшого тих статей, які так чи інакше могли застосовуватися у зв'язку з проведенням антитерористичної операції на окремих територіях Луганської та Донецької областей. Так, було встановлено кримінальну відповідальність не лише за ухилення від призову на строкову військову службу, а й за ухилення від військової служби за призовом осіб офіцерського складу (ст. 335); уточнено умови застосування покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців (ст. 62 КК), це покарання альтернативно передбачено у санкції ч. 1 ст. 407 КК, криміналізовано ухилення від проходження служби цивільного захисту в особливий період чи у разі проведення цільової мобілізації (ст. 336[1]); посилено кримінальну відповідальність за окремі військові злочини та викладено у новій редакції статті 402–405, 407–411, 413, 418–421, 425, 426, 428, 435 КК; відбулася «реанімація» перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень (ст. 426[1] КК)»[123].

«Щодо останніх змін потрібно зауважити таке. Кримінальна відповідальність за перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень передбачалася на момент прийняття та набрання чинності КК у ст. 424, що, однак, була вилучена згідно із Законом від 21.02.2014 № 746-VII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції». Від цього поспішного кроку застерігали спеціалісти Головного науково-експертного управління ВРУ. У висновку на законопроєкт йшлося, що вилучення, зокрема, ст. 424 КК без внесення відповідних змін до примітки ст. 364 КК, на підставі яких дію статей 364 та 365 зазначеного Кодексу можна було б поширити на військових службових осіб, таких осіб взагалі не можна буде притягти до кримінальної відповідальності за будь-які прояви перевищення влади або службових

[123] Загиней З. Кримінально-правова герменевтика : монограф. Київ : Вид. дім «АртЕк», 2015. 380 с. С. 216.

повноважень. Фактично через рік недолугість і поспішність такого рішення законодавця стала очевидною»[124].

У 2016 р. воєнна модернізація кримінального законодавства України перебувала «на паузі» та продовжилася у 2017 р., протягом якого викладено в новій редакції статті 401 (поняття військового злочину), 425 (недбале ставлення до військової служби) та 426 (бездіяльність військової влади)[125].

У наступні роки, аж до 2022 р. воєнна модернізація кримінального законодавства України була спорадичною. Так, у 2018 р. до КК було включено ст. 146[1] (насильницьке зникнення)[126]. Протягом 2019–2020 рр така модернізація не здійснювалася. Законодавець вирішував здебільшого поточні проблеми кримінально-правового регулювання, характерні для мирного часу. Зокрема, такі проблеми стосувалися кримінально-правового забезпечення охорони порядку суспільних відносин у сфері запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19). У 2021 р. у новій редакції викладено статті 336 (ухилення від призову на військову службу під час мобілізації, на особливий період, на військову службу за призовом осіб із числа резервістів в особливий період) та 337 (ухилення від військового обліку або навчальних (спеціальних) зборів)[127].

Тобто, незважаючи на те, що Україна фактично перебувала у стані війни з РФ, модернізація кримінального законодавства, зумовлена воєнними викликами, носила не системний, а спорадичний характер. Пік такої активності припав на 2015 р., а в наступні роки (2016–2021) спостерігаємо її спад та переведення правотворчості на «мирні рейки», що, вочевидь, було суттєвим прорахунком законодавця. Водночас попит на окремі новели воєнного часу, що були запроваджені після 24.02.2022, мав місце ще задовго до цих подій. Наприклад, після тимчасової окупації РФ АРК та окремих територій Донецької та Луганської областей у 2014 р. у теорії кримінального права висловлювалася пропозиція

[124] Загиней З. Кримінально-правова герменевтика. Там само. С. 216.

[125] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності військовослужбовців та деяких інших осіб : Закон від 16.03.2017 № 1952-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-19#n96

[126] Про правовий статус осіб, зниклих безвісти за особливих обставин : Закон від 12.07.2018 № 2505-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2505-19#n239

[127] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення окремих питань виконання військового обов'язку та ведення військового обліку : Закон від 30.03.2021 № 1357-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1357-20#n50

криміналізувати колабораціонізм[128]. «Попри висловлені пропозиції криміналізувати колабораціонізм в Україні, законодавець не зробив цього завчасно, а тому встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність є запізнілим, однак необхідним у сучасних умовах»[129].

«Повномасштабний напад РФ на територію України 24.02.2022 та подальші події в Україні в умовах війни сутнісно вплинули на її правовий розвиток. Виникла нагальна потреба термінового удосконалення чинного законодавства України шляхом внесення до нього змін і доповнень, а також прийняття нового правового масиву, пов'язаного із необхідністю організації державного механізму та правопорядку за нових суспільно-політичних обставин»[130]. Зазначене повною мірою стосується й кримінального права України, яке після 24.02.2022 було «переорієнтовано на потреби воєнного часу, на забезпечення першочергових напрямів протидії збройній агресії РФ»[131].

Починаючи з 2022 р. воєнна модернізація КК здійснювалася такими способами.

Криміналізація суспільно небезпечних діянь: колабораційної діяльності (ст. 111[1] КК)[132], образи честі і гідності військовослужбовця, погроза військовослужбовцю (ст. 435[1] КК), виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії РФ проти України, глорифікація її учасників (ст. 436[2] КК)[133], незаконного використання з метою

---

[128] Письменський Є. О. Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в сучасній Україні (кримінальноправові аспекти): науковий нарис. Сєвєродонецьк : Румянцева Г. В., 2020. 120 с ; Письменський Є. О. Колабораціонізм у сучасній Україні як кримінально-правова проблема. Право України. 2020. № 12. С. 116–128.

[129] Загиней-Заболотенко З. А. Нормотворча діяльність у галузі кримінального права: динаміка воєнного часу. *Альманах права. Правові засади нормотворчої діяльності : національний і зарубіжний досвід.* 2024. Вип. 15. С. 99.

[130] Пархоменко Н. М. Особливості правотворчої діяльності за умов воєнного стану. Альманах права. Актуальні проблеми правового розвитку в умовах війни та післявоєнної відбудови держави. Випуск 13. Київ : Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2022. С. 28.

[131] Кваша О. О. Актуальні проблеми кримінально-правової політики України в умовах війни. *Альманах права. Трансформація законодавства України в сучасних умовах.* 2023. Вип. 14. С. 41.

[132] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність : Закон від 03.03.2022 № 2108-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n6

[133] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної

отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 201² КК)[134], несанкціонованого поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 114² КК)[135], пособництва державі–агресору (ст. 111² КК)[136], ухилення від прийняття на військову службу за контрактом (ст. 336² КК)[137], злочини проти людяності (ст. 442¹ КК)[138], порушення встановлених законодавством вимог щодо утримання та експлуатації об'єктів фонду захисних споруд цивільного захисту (ст. 270² КК)[139].

продукції : Закон від 03.03.2022 № 2110-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2110-20#n6

[134] Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги : Закон від 24.03.2022 № 2155-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-20#n2

[135] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану : Закон від 24.03.2022 № 2160-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2160-20#n6 ; Про внесення змін до статті 114² Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за несанкціоноване розповсюдження інформації про засоби протидії збройній агресії Російської Федерації : Закон від 01.04.2022 № 2178-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2178-20#n2

[136] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки : Закон від 14.04.2022 № 2198-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198-20#n6

[137] Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо запровадження інституту умовно-дострокового звільнення осіб від відбування покарання для безпосередньої їх участі в обороні країни, захисті її незалежності та територіальної цілісності : Закон від 08.05.2024 № 3687-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3687-20#n6

[138] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 09.10.2024 № 4012-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#n6

[139] Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо запровадження відповідальності за порушення вимог щодо утримання та експлуатації об'єктів фонду захисних споруд цивільного захисту : Закон від 09.01.2025 № 4200-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4200-20#n40

Викладення в новій редакції статей КК. У повністю новій редакції викладено ст. 111 (державна зрада), 113 (диверсія)[140], 416 (Порушення правил польотів або підготовки до них), 417 (Порушення правил кораблеводіння)[141], 442 (Геноцид)[142]. У частково новій редакції було викладено назву та ч. 1 ст. 161 КК, а також доповнено приміткою, в якій визначається, що розуміється під регіональною належністю та включено регіональну належність до числа ознак цього складу кримінального правопорушення[143]; ч. 1 ст. 407 КК (самовільне залишення військової частини або місця служби)[144], 437 (злочин агресії), 438 (воєнні злочини)[145]. Згодом останній із зазначених складів злочинів був доповнений такими суспільно небезпечними діяннями, як незаконне переміщення або депортація дитини, невиправдана затримка репатріації дитини,

140 [140] Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України в умовах дії режиму воєнного стану : Закон від 03.03.2022 № 2113-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2113-20#n2

141 [141] Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінально-виконавчого кодексу України щодо удосконалення положень чинного законодавства в частині кримінальної відповідальності за скоєння військових кримінальних правопорушень, пов'язаних із порушеннями правил експлуатації бойових чи спеціальних машин, виконання польотів чи підготовки до них, кораблеводіння : Закон від 13.07.2023 № 3233-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3380-20#n5

142 [142] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 09.10.2024 № 4012-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#n6

143 [143] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції : Закон від 03.03.2022 № 2110-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2110-20#n6

144^1 144^2 [144] Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці : Закон від 01.12.2022 № 2812-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2839-20#n61 ; Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо усунення суперечностей у караності кримінальних правопорушень : Закон від 13.07.2023 № 3233-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3233-20#n6

145 [145] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 09.10.2024 № 4012-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#n6

вербування або використання дитини для участі у збройному конфлікті, воєнних (бойових) діях[146]

Диференціація кримінальної відповідальності за окремі кримінальні правопорушення шляхом використання законодавцем такої кваліфікуючої ознаки, як вчинення відповідних діянь в умовах воєнного чи надзвичайного стану (статті 185, 186, 187, 189, 191 КК)[147].

Встановлення підстав командної кримінальної відповідальності (ст. 31^1 КК)[148].

Включення такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, а саме виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 43^1)[149].

Доповнення системи покарань новим видом додаткового покарання — позбавлення державної нагороди України (ст. 54^1 КК)[150].

Встановлення особливостей призначення покарань за вчинення ряду кримінальних правопорушень, а також застосування інших засобів кримінально-правового характеру: регулювання строків покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю за вчинення кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України[151]; регулювання особливостей призначення

146

147

148

149

150

151^1

151^2

[146] Про внесення зміни до статті 438 Кримінального кодексу України щодо встановлення відповідальності за незаконне переміщення, депортацію, невиправдану затримку репатріації дитини, вербування та використання дитини у військових цілях : Закон від 17.06.2025 № 4499-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4499-20#n2

[147] Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство : Закон від 03.03.2022 № 2117-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2117-20#n2

[148] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 09.10.2024 № 4012-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#n6

[149] Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану : Закон від 15.03.2022 № 2124-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20#n5

[150] Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо позбавлення державних нагород за популяризацію або пропаганду держави–агресора чи вчинення інших протиправних дій проти України : Закон від 20.11.2024 № 4074-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4074-20#n6

[151] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність : Закон від 03.03.2022 № 2108-IX.

покарання у виді довічного позбавлення волі за вчинення готування до злочину або замаху на окремі злочин проти основ національної безпеки України та окремі кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку[152], передбачення можливості застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб за вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи колабораційної діяльності[153], окремих кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку[154]; поширення положень про незастосування строків давності притягнення до кримінальної відповідальності за нові злочини проти основ національної безпеки, а також за окремі кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку[155] та про незастосування

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n6 ; Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки : Закон від 14.04.2022 № 2198-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198-20#n6

152¹

[152] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо усунення суперечностей у караності кримінальних правопорушень : Закон від 13.07.2023 № 3233-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3233-20#n6 ; Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 09.10.2024 № 4012-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#n6

152²

153

[153] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність : Закон від 03.03.2022 № 2108-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n6

154

[154] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 09.10.2024 № 4012-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#n6

155¹

[155] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану : Закон від 24.03.2022 № 2160-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2160-20#n6 ; Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за катування: Закон від 01.12.2022 № 2812-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2812-20#n3 ; Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 09.10.2024 № 4012-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#n6

155²

155³

строків давності виконання обвинувального вироку за окремі проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку[156].

Встановлення обмежень щодо застосування за окремі кримінальні правопорушення положень про призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом: за військові кримінальні правопорушення, передбачені статтями 403, 405, 407, 408, 429 цього Кодексу, вчинене в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці та ***про звільнення від відбування покарання з випробуванням*** за ці правопорушення[157].

Доповнення та зміна статей Загальної частини КК новими видами звільнення від відбування покарання: звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого (ст. 84^1 КК)[158], умовно-дострокове звільнення від відбування покарання для проходження військової служби (ст. 81^1 КК)[159].

Встановлення спеціального виду звільнення від кримінальної відповідальності за військові кримінальні правопорушення, передбачення статтями 407 та 408 КК (ч. 5 ст. 401 КК)[160].

[156] Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці : Закон від 01.12.2022 № 2812-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2839-20#n61 ; Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 09.10.2024 № 4012-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#n6

[157] Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці : Закон від 01.12.2022 № 2812-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2839-20#n61

[158] Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених : Закон від 28.07.2022 № 2472-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2472-20#n6 ; Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо закриття кримінального провадження у зв'язку з втратою чинності законом, яким встановлювалася кримінальна протиправність діяння : 01.12.2022 № 2810-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2810-20#n11

[159] Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо запровадження інституту умовно-дострокового звільнення осіб від відбування покарання для безпосередньої їх участі в обороні країни, захисті її незалежності та територіальної цілісності : Закон від 08.05.2024 № 3687-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3687-20#n6

[160] Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законів України щодо вдосконалення кримінальної

Внесення змін до прикінцевих і перехідних положень КК та закріплено, що цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована відповідно до вимог Закону «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України»[161].

Зміна лише санкцій статей Особливої частини КК шляхом додавання до санкцій цих статей інших види покарань, зокрема покарання у виді службового обмеження для військовослужбовців, тримання у дисциплінарному батальйоні та обмеженням волі (ст. 415 КК)[162].

Стосовно кожного з шляхів воєнної модернізації кримінального законодавства України можна висловлювати власні погляди. Однак у межах одного розділу монографії це зробити нереально. Зупинимося лише на окремих аспектах проблем воєнної модернізації кримінального законодавства України.

Як зазначалося вище, попит на криміналізацію колабораціонізму виник ще задовго до 2022 р. Співпраця громадян України з окупаційною адміністрацією держави–агресора мала місце на окупованих Росією територіях України, починаючи з 2014 р. «Попри висловлені пропозиції криміналізувати колабораціонізм в Україні, законодавець не зробив цього завчасно, а тому встановлення кримінальної відповідальності за колаборaційну діяльність є запізнілим, однак необхідним у сучасних умовах. Водночас ст. 111[1] КК було прийнято в перші дні повномасштабного вторгнення РФ на територію України. Тому редакція похапцем прийнятої статті про колаборaційну діяльність далека від досконалості, містить численні недоліки, що негативно впливають на можливість адекватного реагування на суспільно небезпечні дії колаборантів і потребує подальшого вдосконалення відповідної норми законодавцем, що активно намагається реалізувати ВРУ. Водночас, на нашу думку, зміни до будь-яких статей-новел слід вносити обачно, пам'ятаючи про

відповідальності за злочини проти встановленого порядку несення або проходження військової служби під час дії воєнного стану : Закон від 20.08.2024 № 3902-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3902-20#n6

161 [161] Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України : Закон від 03.03.2022 № 2114-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20#n18

162 [162] Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінально-виконавчого кодексу України щодо удосконалення положень чинного законодавства в частині кримінальної відповідальності за скоєння військових кримінальних правопорушень, пов'язаних із порушеннями правил експлуатації бойових чи спеціальних машин, виконання польотів чи підготовки до них, кораблеводіння : Закон від 13.07.2023 № 3233-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3380-20#n5

правило зворотної дії закону про кримінальну відповідальність у часі (ст. 5 КК)»[163].

Окремі нормативні новели воєнного часу, реалізовані в КК, є вкрай необдуманими. Йдеться, наприклад, про ст. 111² КК «Пособництво державі–агресору». Порівняння текстів статей 111, 111¹ та 111² цього Кодексу дає підстави багатьом науковцям зробити висновок про те, що криміналізація пособництва державі–агресору була необдуманою, а сама норма підлягає виключенню з КК[164]. Наприклад, на думку М. Хавронюка, існування в цьому Кодексі паралельно зі статтями 111 і 111¹ норми про колабораційну діяльність є одним із різновидів «порушення принципу пропорційності», коли законодавець, ігноруючи факт наявності у КК статті, яка вже передбачає кримінальну відповідальність за певне діяння, знову криміналізує його, застосовуючи ті самі або схожі формулювання і не виокремлюючи ознак, які б дали змогу чітко розмежувати відповідні кримінальні правопорушення, зокрема за правилами конкуренції статей про спеціальний і загальний склади правопорушення[165].

Окремі зміни у КК є суперечливими з точки зору порушення вимоги єдності понятєвого апарата цього Кодексу, дотримання якої разом з іншими обставинами може свідчити про забезпечення верховенства права. Так, статті 185, 186, 187, 189, 191 КК було доповнено такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення відповідних діянь в умовах воєнного чи надзвичайного стану[166]. Диференціація кримінальної відповідальності за ці кримінальні правопорушення, з одного боку, закономірна. Адже держава повинна реагувати застосуванням більш суворих заходів до посягань на власність у такий вразливий період для держави, як воєнний або надзвичайний стан. Водночас поява такої кваліфікуючої ознаки мала б бути узгоджена з «паралельними місцями» у КК, які містять

[163] Загиней-Заболотенко З. А. Нормотворча діяльність у галузі кримінального права: динаміка воєнного часу. *Альманах права. Правові засади нормотворчої діяльності: національний і зарубіжний досвід*. 2024. Вип. 15. С. 99.

[164] Zaginey-Zsbolotenko Zoya. Modernisation du code pénal de l'Ukraine en temps de guerre: orientations actuelles. REVISTA INSTITUTULUI NAȚIONAL AL JUSTIȚIEI. 2025. № 3(74). P. 47. URL: https://www.inj.md/sites/default/files/new/44-48_from%20RINJ_3_74_2025_site-7.pdf

[165] Хавронюк М. Помилки у законах воєнного часу: щодо змін Кримінального кодексу України. URL: http://surl.li/rfipt

[166] Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство : Закон від 03.03.2022 № 2117-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2117-20#n2

аналогічні / тотожні / однорідні формулювання. Так, у цьому Кодексі вживаються такі термінологічні звороти: «з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій» (п. 11 ч. 1 ст. 67 КК), «в умовах воєнного стану» (ч. 2 ст. 111, ч. 5 ст. 407, ч. 2 ст. 435 КК), «в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту» (ч. 1 ст. 43^1, ч. 2 ст. 113 КК), «в умовах воєнного або надзвичайного стану» (ст. 114^2 КК), «підчас надзвичайного або воєнного стану» (ч. 3 ст. 201^2 КК), «під час дії надзвичайного або воєнного стану» (ч. 3 ст. 258^6 КК), «під час дії воєнного стану» (ч. 5 ст. 361 КК, ч. 2 ст. 401), «в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» (ч. 4 ст. 402, ч. 3 ст. 403, ч. 4 ст. 404 КК тощо).

Характеризуючи нову для окремих кримінальних правопорушень кваліфікуючу ознаку — вчинення відповідних дій в умовах воєнного або надзвичайного стану, В. Навроцький слушно застерігає: «Навіщо заставляти розгадувати загадку чи «в умовах» і «з використанням умов» — це одне й те ж саме чи таки ні? Активізація «шаленого принтера» часто веде не до вирішення проблем, а до породження нових»[167]. На думку Р. Мовчана, за частинами четвертими статей 185, 186, 187, 189, 191 КК як такі, «що вчинені в умовах воєнного (надзвичайного) стану», мають кваліфікуватися будь-які передбачені диспозиціями цих норм діяння, вчинені у відповідних умовах — незалежно від місцевості та обставин їхнього скоєння, тобто того, чи були вони безпосереднього пов'язані з використанням згаданих умов[168]. А. Вознюк резюмує, що «вчинення кримінального правопорушення під час чи в умовах досліджуваних обставин (насамперед воєнного та надзвичайного стану, особливого періоду тощо) означають фактично тотожні ситуації. Водночас конструкція «під час» видається менш дискусійною, а тому є більш оптимальною в процесі удосконалення кримінального законодавства»[169].

---

[167] Навроцький В. О. Виклики, що постали перед українським кримінальним правом з початком українсько-російської війни. *Кримінально-правові, кримінологічні, кримінальні процесуальні та криміналістичні проблеми протидії злочинності в умовах воєнного стану* : мат-ли Всеукр. наук.-практ. конф. (електронне видання) (Київ — Львів — Дніпро, 20 квіт. 2022 р.). С. 40

[168] Мовчан Р. О. Аналіз законодавчого рішення про посилення кримінальної відповідальності за мародерство. *Аналітично-порівняльне правознавство. Електронне наукове видання*. 2022. № 1. С. 285.

169

[169] Вознюк А. А. Воєнний та надзвичайний стан як обставини, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення або призначення покарання. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2022. № 6. С. 313. URL: http://surl.li/rfjfp

ККС фактично з моменту появи різних підходів до тлумачення аналізованої кваліфікуючої ознаки у складах кримінальних правопорушень проти власності намагався сформулювати правові позиції, спрямовані на забезпечення єдності судової практики. Так, у постанові від 22.06.2023 у справі № 753/22570/19 ККС сформулював таку правову позицію: «Платіжний термінал, який має засоби охорони від доступу сторонніх осіб і використовується для зберігання матеріальних цінностей, є сховищем, а його пошкодження з метою заволодіння грошовими коштами, що перебували в ньому, слід кваліфікувати як крадіжку з проникненням у сховище»[170].

Водночас іншою ухвалою ККС від 26.09.2023 у справі №722/594/22 з метою формування єдиного правозастосовного підходу щодо тлумачення кваліфікуючої ознаки складів кримінальних правопорушень, передбачених частинами четвертими статей 185–187, 189 і 191 КК, «в умовах воєнного або надзвичайного стану» як такої, що є тотожною за своїм змістом з такою обставиною, що обтяжує покарання, як «вчинення злочину з використанням умов воєнного стану» (п. 1 ч. 2 ст. 67 КК), кримінальне провадження передано на розгляд об'єднаної палати ККС. На думку колегії суддів ККС, тлумачення ознаки «в умовах воєнного або надзвичайного стану» як такої, що означає «в період дії режиму воєнного або надзвичайного стану» суперечить точному змісту закону і меті, яку ставив законодавець, запроваджуючи такі зміни до КК[171].

Об'єднана палата ККС у постанові від 15.01.2024 у справі № 722/594/22 сформулювала такий правовий висновок: «За ч. 4 ст. 185 КК кримінальна відповідальність передбачена за вчинення кримінального правопорушення в умовах воєнного або надзвичайного стану на території, на якій він введений»[172]. Не ставлячи під сумнів правильність такого підходу, оскільки віднині цей правовий висновок суду касаційної інстанції є обов'язковим для застосування іншими судами, окрім того, він випливає з системного тлумачення формулювань, що використовуються в КК для позначення такої обставини, як вчинення відповідних протиправних дій в умовах / під час / з використанням умов (тощо) воєнного стану, все ж вважаємо за доцільне вказати на необхідність законодавчого регулювання та, можливо, диференційованого підходу законодавця для вказівки на таку ознаку у статтях Особливої частини КК.

Кримінальні правопорушення проти власності традиційно належать до найбільш поширених в Україні. При цьому завжди перше місце в

[170] Постанова ККС від 22.06.2023 у справі № 753/22570/19. URL: http://surl.li/rfjsh

[171] Ухвала ККС від 26.09.2023 у справі № 722/594/22. URL: http://surl.li/rfjsr

[172] Постанова ОП ККС від 15.01.2024 у справі № 722/594/22. URL: http://surl.li/rfjsw

загальній структурі злочинності посідають крадіжки. Суспільна небезпека крадіжок на різній території України в умовах воєнного стану — різна (вища на «прифронтових» територіях порівняно з іншими). Окрім того, не слід забувати основне призначення кваліфікуючих ознак — це диференціація кримінальної відповідальності. Така диференціююча функція може бути забезпечена лише у разі, коли кваліфікуюча ознака описує не всю сукупність кримінальних правопорушень, а лише більшу їх частину. Тому, на нашу думку, формулювання кваліфікуючих ознак у складах кримінальних правопорушень, передбачених статтями 185, 186, 187, 189, 191 КК, доцільно змінити, використовуючи таке формулювання, як вчинення цих правопорушень з використанням умов воєнного стану[173].

Як було зазначено вище, у зв'язку з ратифікацією Україною РС виникла потреба в модернізації кримінального законодавства, зокрема, в частині визначення підстави кримінальної відповідальності за ст. 438 КК.

Окремі науковці вважають, що ст. 438 КК недосконала. Наприклад, О. П. Рябчинська пише про те, що «чинна редакція статті не в повній мірі відповідає запитам слідчої та судової практики саме через використання узагальнюючих юридичних конструкцій на кшталт «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ»[174]. Про недосконаліть норми, передбаченої ст. 438 КК, вказують й інші науковці (зокрема, В. В. Базелюк[175], А. С. Політова[176]).

---

[173] Загиней-Заболотенко З. А. Нормотворча діяльність у галузі кримінального права: динаміка воєнного часу. *Альманах права. Правові засади нормотворчої діяльності: національний і зарубіжний досвід.* 2024. Вип. 15. С. 96–103. С. 100.

[174] Рябчинська О. П. Правова оцінка порушення прав цивільного населення на окупованих територіях України. *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні* : мат-ли міжнар. наук. конф. (м. Харків, 5 трав. 2022 р.) / упоряд. та заг. ред. : Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; Нац. шк. суддів України ; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права» ; НДІ вивч. Проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса. Харків : Право, 2022. С. 169.

[175] Базелюк В. В. Посягання в період збройного конфлікту на культурні цінності як об'єкти інформації про минуле України. *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні* : мат-ли міжнар. наук. конф. (м. Харків, 5 трав. 2022 р.) / упоряд. та заг. ред. : Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; Нац. шк. суддів України ; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права» ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса. Харків : Право, 2022. С. 295. 128

[176] Політова А. С. Окремі питання кримінальної відповідальності за сексуальне насильство під час збройного конфлікту в Україні. *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні* : мат-ли міжнар. наук. конф. (м. Харків, 5 трав. 2022 р.) / упоряд. та

В Україні було прийнято і ряд законопроєктів, спрямованих на вдосконалення ст. 438 КК. Йдеться, зокрема, про проєкти Законів «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» (реєстр. № 2689 від 27.12.2019)[177], «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України (реєстр. № 7290 від 15.04.2022)[178].

Як випливає з аналізу законопроєктів № 2689 та № 7290, їх автори намагалися максимально диференціювати кримінальну відповідальність за воєнні злочини, наблизивши форми таких злочинів, визначені національним законодавством, до того переліку воєнних злочинів, що передбачені в джерелах міжнародного гуманітарного права, передусім у РС. У законопроєктах № 2689 та № 7290 пропонувалося також диференціювати кримінальну відповідальність з урахуванням такої ознаки, як контекстуальні обставини, а саме вид збройного конфлікту (міжнародного чи неміжнародного характеру), під час якого вчинено воєнний злочин. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 438 обох законопроєктів, формами воєнних злочинів проти особи, вчинених у зв'язку зі збройним конфліктом міжнародного характеру, пропонувалося передбачити 4 форми порушень законів та звичаїв війни. У частинах 2–3 цієї статті проєктувалися такі форми воєнних злочинів проти особи, які можуть бути вчинені у зв'язку зі збройним конфліктом незалежно від його виду. Усього в них пропонувалося передбачити 12 форм воєнних злочинів проти особи. Так само більшою чи меншою мірою вважалося за доцільне диференціювати кримінальну відповідальність за інші види воєнних злочинів, про які йшлося вище.

На думку О. К. Маріна, у законопроєктах, що аналізуються, «допоміжного» нормативного матеріалу фактично запропоновано більше, ніж основного. Цей науковець вважає таку спробу не надто вдалою, оскільки вона створює надмір нормативної регламентації, пропонує конструкції, які не властиві національному кримінальному праву та створює деталізоване казуїстичне регулювання зі всіма недоліками, які

заг. ред. : Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; Нац. шк. суддів України ; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права» ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса. Харків : Право, 2022. С. 204. 129.

177

[177] Проєкт Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» (реєстр. № 2689 від 27.12.2019). URL: https://surl.li/zqhued

178

[178] Проєкт Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України (реєстр. № 7290 від 15.04.2022). URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39449

йому властиві. Іншими словами, законодавець за допомогою «приміток» намагатиметься визначити різні сфери застосування положень одного кодифікованого нормативно-правового акта — КК[179].

Як було зазначено вище, законодавець не пішов тим шляхом, який пропонувався вказаними вище проєктами Законів, змінивши лише назву ст. 438 КК з «Порушення законів та звичаїв війни» на «Воєнні злочини», а також внісши зміни у ч. 2 цієї статті[180], а згодом ч. 1 ст. 438 КК була доповнена такими суспільно небезпечними діяннями, як незаконне переміщення або депортація дитини, невиправдана затримка репатріації дитини, вербування або використання дитини для участі у збройному конфлікті, воєнних (бойових) діях[181].

У теорії права вже давно сформульовано підхід, відповідно до якого норма права в нормативно-правових актах повинна бути сформульована абстрактно, а не казуїстично для того, щоб максимально повно охоплювати все коло суспільних відносин, яке може підпадати під дію такої норми[182]. Казуїстичний спосіб описання кримінально-правових норм вважається атавізмом, що нездатний гнучко підходити до регулювання суспільних відносин та свідчить про недостатню прогресивність нормотворчої техніки держави, законодавство якої використовує казуїстичний спосіб описання правових норм[183]. Потреба в диференціації кримінальної відповідальності має місце лише в одному випадку — необхідність відображення в кримінальному законі залежності між обсягом відповідальності та зміною (збільшенням або зменшенням) ступеня суспільної небезпечності вчиненого посягання[184]. Як зазначає Н. О. Антонюк, «саме баланс між обсягом відповідальності та

[179] Марін О. К. Проблеми імплементації норм міжнародного кримінального права в законодавство України. *Кримінологічні дослідження* : зб. наук. праць. 2023. Вип. 13. Міжнар. злочини Російської Федерації на території України. С. 268.

180

[180] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 09.10.2024 № 4012-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#n6

181

[181] Про внесення зміни до статті 438 Кримінального кодексу України щодо встановлення відповідальності за незаконне переміщення, депортацію, невиправдану затримку репатріації дитини, вербування та використання дитини у військових цілях : Закон від 17.06.2025 № 4499-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4499-20#n2

[182] Дідич Т. О. Нормотворення: питання теорії та методології : монограф. Київ : Вид-во Європ. ун-ту, 2010. С. 89.

[183] Загиней З. А. Кримінально-правова герменевтика. Там само. С. 42.

[184] Павлик Л. В. Диференціація кримінальної відповідальності, покарання та виконання покарання: особливості розмежування понять. *Наук. вісник Львів. держ. ун-ту внутр. справ.* 2015. № 2. С. 73–74.

злочинним посяганням є своєрідними вагами в руках законодавця. Досягнення такого балансу є ціллю такого законодавця, який прагне досягнути максимальної справедливості в питання реагування держави кримінально-правовими заходами на вчинене діяння»[185]. Таким чином, диференціація кримінальної відповідальності, яку пропонують здійснити як розробники законопроєктів № 2689 та № 7290 повинна здійснюватися не як самоціль максимально повно описати всі можливі порушення законів та звичаїв війни на національному рівні відповідно до формулювань джерел міжнародного гуманітарного права, які вміщують норми про воєнні злочини, а показати, наскільки відповідні форми впливатимуть на застосування до особи кримінально-правових засобів, передбачених кримінальним законодавством України.

У контексті викладеного вважаємо, що «абстрактне формулювання воєнних злочинів у ст. 438 КК є максимально таким, що відповідає як потребам правозастосування та досягає того рівня нормотворчої техніки, яка на сьогодні є домінуючою в Україні. Абстрактне формулювання воєнних злочинів у чинній ст. 438 КК дає можливість охопити будь-які з указаних правопорушень, оскільки законодавець передбачив інші форми порушень законів та звичаїв війни, що можуть полягати, відповідно, в порушенні будь-яких як кодифікованих, так і звичаєвих джерел міжнародного гуманітарного права»[186].

Окрім того, на національному рівні недоцільно максимально повно відтворювати формулювання джерел міжнародного гуманітарного права, оскільки саме на ньому здійснюється конструювання кримінально-правових норм з урахуванням національних традицій нормотворення. Побудова кримінально-правових норм у КК відрізняється технічно від норм міжнародного права, які мають притаманний виключно таким міжнародним актам стиль.

Ураховуючи викладене, вважаємо за доцільне залишити склад воєнних злочинів на національному рівні в тому вигляді, як це має місце у ст. 438 КК, не пристосовуючи її диспозицію до формулювання воєнних злочинів у джерелах міжнародного гуманітарного права. Саме таке формулювання воєнних злочинів допомагає здійснити повну кваліфікацію

[185] Антонюк Н. О. Диференціація кримінальної відповідальності у кримінальному праві України : монограф. Київ : Алерта, 2023. 554 с. С. 143.

[186] Загиней-Заболотенко З. А., Шевчук А. В. Воєнні злочини: проблеми кваліфікації та призначення покарання : монограф. Київ : Парламентське вид-во, 2025. 268 с. С. 65.

воєнних злочинів, вчинених на території України за національним кримінальним законодавством[187].

Отже, воєнна модернізація кримінального законодавства України здійснювалася у всіх можливих формах, а саме криміналізація суспільно небезпечних діянь, викладення в новій редакції статей КК, диференціація кримінальної відповідальності за окремі кримінальні правопорушення, встановлення підстав командної кримінальної відповідальності, включення такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, доповнення системи покарань новим видом додаткового покарання, встановлення особливостей призначення покарань за вчинення ряду кримінальних правопорушень, а також застосування інших засобів кримінально-правового характеру, встановлення обмежень щодо застосування за окремі кримінальні правопорушення положень про призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, доповнення та зміна статей Загальної частини КК новими видами звільнення від відбування покарання, Встановлення спеціального виду звільнення від кримінальної відповідальності за військові кримінальні правопорушення, внесення змін до прикінцевих і перехідних положень КК, внесення змін до прикінцевих і перехідних положень КК, хміна лише санкцій статей Особливої частини КК. При цьому така модернізація кримінального законодавства України була обумовлена викликами, пов'язаними з війною та необхідністю кримінально-правової охорони найбільш вразливих порядків суспільних відносин.

VI. «Реанімована» модернізація кримінального законодавства України

Модернізація кримінального законодавства в окремих випадках є циклічною, оскільки вона може бути спрямована на усунення помилок, спричинених невдалим чи помилковим «вдосконаленням» КК протягом попередніх років. Наприклад, у ст. 331 КК 2001 р. передбачалася кримінальна відповідальність за незаконне перетинання державного кордону, тобто за перетинання державного кордону України будь-яким способом поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України, але без відповідних документів чи дозволу. Такі дії каралися штрафом до

[187] Загиней-Заболотенко З. А., Шевчук А. В. Воєнні злочини: проблеми кваліфікації та призначення покарання. Там само. С. 65.

50 НМДГ або арештом на строк до 6 місяців, або обмеженням волі на строк до 3 років.

Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо перетинання державного кордону України» від 18.05.2004 № 1723-IV ст. 331 КК була виключена[188]. В Пояснювальній записці до відповідного законопроєкту такий крок мотивовано потребою усунути розбіжності у кваліфікації діянь, пов'язаних із незаконним перетинанням державного кордону, яка виникла після набрання чинності КК 2001 р., оскільки диспозиція ч. 1 ст. 331 КК і диспозиція ч. 1 ст. 204[1] КУпАП за своїм змістом повністю ідентичні. Через недосконалість у законодавстві (звільнення законодавцем від адміністративної відповідальності громадян України, які, незаконно перетнувши державний кордон з України в бік суміжної держави, повертаються назад (при одночасному існуванні за це діяння кримінальної відповідальності) та сумнівність законності притягнення до адміністративної відповідальності осіб, яких затримано при спробі незаконного перетинання державного кордону (адже у ст. 204[1] КУпАП за спробу незаконного перетинання державного кордону не передбачена), значна кількість порушників державного кордону уникнула відповідальності[189].

Вказаний крок законодавця був необґрунтованим та таким, що не відповідав Конституції, оскільки державний кордон є невід'ємним атрибутом держави, одним із головних параметрів державної території, невід'ємний і обов'язковий чинник формування цілісного державно-територіального організму[190], найважливіший компонент суверенітету держави[191], першооснова та цінність правопорядку будь-якої держави[192]. На думку Ю. Б. Курилюка, «відсутність державних кордонів утворює пе-

[188] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо перетинання державного кордону України : Закон від 18.05.2004 № 1723-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1723-15#Text

[189] Пояснювальна записка до проєкту Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення (щодо відповідальності за незаконне перетинання державного кордону України) (реєстр. № 1723-IV від 18.05.2004). URL: https://w2.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3033&skl=5

[190] Цимбалістий, Т. О. Конституційно-правовий статус державного кордону України : дис. … канд. юрид. наук : спец. 20.02.03 / АПВУ. Хмельницький, 1998. С. 3.

[191] Задорожній, О. В. Порушення агресивною війною Російської Федерації проти України основних принципів міжнародного права : монографія. Київ : К.І.С., 2015. С. 199, 200.

[192] Курилюк Ю. Б. Державний кордон і правопорядок (законодавство, теорія, практика) : монограф. Київ : ВД «Дакор», 2020. С. 17.

редумови для його руйнування»[193]. Більше того, згідно з ч. 1 ст. 17 Конституції України захист суверенітету і територіальної цілісності України є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу[194].

Науковці вказували на необґрунтованість декриміналізації незаконного перетинання державного кордону, зазначаючи, що законодавцем було проігноровано, зокрема, криміногенну ситуацію в державі в контексті загроз національній безпеці України, а також те, що зазвичай вчинення злочину, передбаченого ст. 331 КК, обумовлювалося вчиненням інших посягань, зокрема, злочинів проти основ національної безпеки України[195].

У 2018 р. КК було доповнено нормою схожого змісту, яка була вміщена у ст. 332^2 КК та в якій встановлено кримінальну відповідальність за незаконне перетинання державного кордону України, тобто за перетинання державного кордону України з метою заподіяння шкоди інтересам держави або особою, якій заборонено в'їзд на територію України, або представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств держави–агресора у будь-який спосіб поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів, або за документами, що містять недостовірні відомості, що карається позбавленням волі на строк до трьох років. Якщо такі дії вчинені повторно або групою осіб, то вони караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років, а якщо дії, передбачені частинами 1 або 2 цієї статті були поєднані з насильством або із застосуванням зброї, то вони караються позбавленням волі на строк від 5 до 8 років[196].

Мотивуючи включення у КК норми про незаконне перетинання державного кордону України, його розробники в Пояснювальній записці до відповідного законопроєкту вказали, що метою його розробки було сприяння забезпеченню захисту суверенітету та територіальної цілісності України шляхом криміналізації незаконного перетину державного

---

[193] Курилюк Ю. Б. Державний кордон і правопорядок (законодавство, теорія, практика). Там само. С. 17.

[194] Конституція України. Там само.

[195] Кузьмін С. А., Марчук М. П. Криміналізація незаконного перетинання державного кордону. *Університетські наукові записки.* 2016. № 60. С. 90, 91.

196

[196] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за незаконне перетинання державного кордону України : Закон від 18.10.2018 № 2599-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2599-19#n6

кордону представниками держави–агресора. Мотивування актуальності прийняття цього законопроєкту його розробниками зводилося до такого: неспівмірність виду відповідальності (адміністративна) та розміру санкції, передбачених за незаконне перетинання кордону представниками держави–агресора із суспільною небезпечністю таких діянь, поширення випадків незаконно проникнення на територію України громадян держави–агресора, зокрема тих, які є представниками військових та правоохоронних формувань, що також несе загрозу національній безпеці України[197].

Окрім того, що норма про незаконне перетинання державного кордону України повернулася в КК у 2018 р., відбулася не просто її реанімація, а модернізація, тобто осучаснення відповідно до викликів гібридної війни РФ, яка розпочалася у 2014 р. Така модернізація торкнулася передусім формулювання ознак складу незаконного перетинання державного кордону України. Так, однією з альтернативних форм вчинення цього кримінального правопорушення у ч. 1 ст. 332^2 КК названо незаконне перетинання представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств держави–агресора у будь-який спосіб поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів, або за документами, що містять недостовірні відомості. У разі, якщо таке незаконне перетинання вчиняється не представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств держави–агресора та не особою, якій заборонено в'їзд на територію України, то кримінальна відповідальність настає у разі, якщо такі дії вчинено з метою заподіяння шкоди інтересам держави. Тобто в криміналізації саме таких проявів незаконного перетинання державного кордону України вбачається модернізація норми, вміщеної у ст. 332^2 КК, оскільки всі передбачені в ній діяння відображають суспільну небезпеку протиправної поведінки, що відображає новітні загрози порядку суспільних відносин у сфері охорони недоторканності державного кордону України.

Водночас норма про незаконне перетинання державного кордону України, на наш погляд, потребує модернізації з урахуванням ще більш новітніх викликів, які пов'язані, зокрема, з тим, що на сьогодні, не бажаючи проходити військову службу за мобілізацією, окремі громадяни

[197] Пояснювальна записка до Проєкту Закону про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне перетинання державного кордону (реєстр. № 7017 від 02.08.2017). URL: https://w2.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=62393&pf35401=466867

197

України незаконно перетинають державний кордон України з підробленими документами, які перед тим купують у невстановлених досудовим розслідуванням осіб або поза пунктами пропуску, порушуючи тим самим прикордонну безпеку України. Як нами було встановлено, кваліфікація випадків використання при спробі незаконно перетнути державний кордон України з підробленими документами була різною, а саме за ч. 2 ст. 15 — ч. 1 ст. 332^2; ч. 5 ст. 27 — ч. 1 ст. 358; ч. 4 ст. 358 КК (перший варіант), за ч. 5 ст. 27 — ч. 1 ст. 358; ч. 4 ст. 358 КК (другий варіант)[198].

Вочевидь, доцільно розглянути можливість доповнення ч. 1 ст. 332^2 КК вказівкою на таку мету незаконного перетинання державного кордону України, як мета ухилитися від призову на військову службу за мобілізацією, оскільки така мета конкретизує конкретні форми прояву суспільно небезпечної поведінки громадян України та слугуватиме точності кваліфікації та визначеності кримінально-правового припису ст. 332^2 КК, який на сьогодні передбачає достатньо загальну мету вчинення незаконного перетинання державного кордону України, а саме мету заподіяння шкоди інтересам держави.

Окрім того, доцільно розглянути питання про те, щоб змінити вектор судової практики з урахуванням того, що на сьогодні всі військовослужбовці ЗС РФ, які незаконно опинилися на території України, протиправно перетнувши державний кордон нашої держави, фактично порушили прикордонну безпеку України та з огляду на формулювання складу незаконного перетинання державного кордону України підлягають кримінальній відповідальності не лише за ст. 438 КК, а й за відповідною частиною статті 332^2 цього Кодексу. Водночас, як вбачається з аналізу ухвалених вироків у справах про воєнні злочини, жодному засудженому за ст. 438 КК не інкримінувалося незаконне перетинання державного кордону України. Хоча під час формулювання фактичного складу вчиненого військовослужбовцем ЗС РФ воєнного злочину, суди у вироках зазначають, що цей військовослужбовець незаконно перетнув державний кордон України[199]. У багатьох вироках доказом незаконного перетинання державного кордону України конкретним підрозділом ЗС

199^1 199^2 199^3

[198] Загиней-Заболотенко З. А. Порушення прикордонної безпеки України з метою ухилення від призову на військову службу під час мобілізації: окремі аспекти кваліфікації. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2023. Вип. 6. С. 119, 120.

[199] Див., наприклад, вироки Тростянецького районного суду Сумської області від 14.02.2024 у справі № 588/1363/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/116968500 ; Роменського міськрайонного суду Сумської області від 18.10.2023 у справі № 585/2381/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/114246483 ; Бородянського районного суду

РФ, в якому проходить військову службу обвинувачений, є інформація ДПС про такий факт. Наприклад, за вироком Тростянецького районного суду Сумської області від 14.02.2024 у справі № 588/1363/23, яким військовослужбовець ЗС РФ визнаний винним та засуджений за ч. 2 ст. 28, ч. 1 ст. 438 КК, одним із доказів визнано оперативні дані прикордонного загону ДПС, відповідно до яких військова частина, в якій проходив службу обвинувачений, перетнула державний кордон України у напрямку м. Тростянець о 06.00-07.00 24.02.2022, покинули територію м. Тростянець 26.03.2022 приблизно о 12 год.–14 год., а державний кордон України у напрямку РФ приблизно о 20 год. 26.03.2022[200].

Таким чином, у разі «реанімації» кримінального законодавства України в певній частині доцільно вести мову про модернізацію кримінального законодавства у цій частині, незалежно від того, чи викладена відповідна «реанімована» стаття в оновленій редакції. Так, окрім того, що норма про незаконне перетинання державного кордону України повернулася в КК у 2018 р., відбулася не просто її реанімація, а модернізація, тобто осучаснення відповідно до викликів гібридної війни РФ, яка розпочалася у 2014 р. Така модернізація торкнулася передусім формулювання ознак складу незаконного перетинання державного кордону України (нові форми діяння — незаконне перетинання представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств держави–агресора у будь-який спосіб поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів, або за документами, що містять недостовірні відомості;, якщо таке незаконне перетинання вчиняється не представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств держави–агресора та не особою, якій заборонено в'їзд на територію України, то кримінальна відповідальність настає у разі, якщо такі дії вчинено з метою заподіяння шкоди інтересам держави).

Доцільно розглянути можливість доповнення ч. 1 ст. 332[2] КК вказівкою на таку мету незаконного перетинання державного кордону України, як мета ухилитися від призову на військову службу за мобілізацією, оскільки така мета конкретизує конкретні форми прояву суспільно небезпечної поведінки громадян України та слугуватиме точності

Київської області від 12.09.2024 у справі № 939/1435/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/121563993

200

[200] Вирок Тростянецького районного суду Сумської області від 14.02.2024 у справі № 588/1363/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/116968500

кваліфікації та визначеності кримінально-правового припису ст. 332^2 КК, який на сьогодні передбачає достатньо загальну мету вчинення незаконного перетинання державного кордону України, а саме мету заподіяння шкоди інтересам держави.

Доцільно розглянути питання про те, щоб змінити вектор судової практики з урахуванням того, що на сьогодні всі військовослужбовці ЗС РФ, які незаконно опинилися на території України, протиправно перетнувши державний кордон нашої держави, фактично порушили прикордонну безпеку України та з огляду на формулювання складу незаконного перетинання державного кордону України підлягають кримінальній відповідальності не лише за ст. 438 КК, а й за відповідною частиною статті 332^2 цього Кодексу.

Таким чином, «реанімація» статті / статей КК свідчить зазвичай про модернізацію кримінального законодавства України незалежно від того, чи змінилася редакція відповідної статті, чи залишилася вона в тому вигляді, коли були виключена з КК. Зазвичай така «реанімована» модернізація кримінального законодавства України свідчить про те, що попереднє вилучення відповідної статті було хибним, що демонструє, зокрема норма про незаконне перетинання державного кордону України.

VII. Техніко-юридичні аспекти модернізації кримінального законодавства України

Для належного правозастосування в умовах динамізму кримінального законодавства України має значення не лише розробка відповідного коригуючого закону, а й його належна інтеграція в основний текст, а також визначення чітких меж набрання чинності. Окрім того, важливо звернути увагу й на те, чи можна під час правозастосування користуватися текстом КК, розміщеного на офіційному вебсайті ВРУ, чи можна повністю йому довіряти. На вказаних аспектах звернемо свою увагу.

7.1. Як зазначалося вище, у 2013 р. КК було доповнено таким інститутом, як заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб (розділ XIV^1) [201]. Згодом текст цієї структурної частини змінювався

201

[201] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб : Закон від 23.05.2013 № 314-VII. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/314-18/paran6#n6

дев'ятьма коригуючими законами України. Серед них — Закон «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014[202].

Вказаний правовий інститут мав набрати чинності з 01.09.2014. Однак Законом «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014 було внесено зміни до Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб» від 23.05.2013. Згідно з цим Законом було внесено зміни у ще не чинний текст Закону від 23.05.2013 № 314-VII, а отже, у нечинний текст КК. Зокрема, було змінено практично всі статті, вміщені в майбутньому Розділі XIV[1] «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб» Загальної частини КК, а також окремі статті КПК. До того ж було змінено і порядок набрання чинності Законом від 23.05.2014 № 314-VII — передбачено, що замість 01.09.2014 цей Закон набирає чинності з моменту набрання чинності Законом «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» (27.04.2014 — з дня, наступного за днем опублікування).

Таким чином, було внесено зміни у ще нечинний текст закону, що є неприйнятним, оскільки «встановити те, чи підлягає зміні нормативно-правовий акт, можна принаймні з моменту набрання ним чинності. Однак і цього недостатньо. Традиційно висловлюється презумпція, що кожний новостворений нормативно-правовий акт є досконалим, а необхідність його зміни зумовлена розвитком суспільних відносин і потребою посилення дієвості нормативно-правових приписів з огляду на особливості правозастосовної практики, які не міг передбачити законодавець»[203]. Тому виявлення підстав для внесення змін до чинних нормативно-правових актів має здійснюватися шляхом їх моніторингової оцінки та моніторингу правореалізаційної і правозастосовної діяльності.

---

[202] Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон від 15.04.2014 № 1207-VII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1207-18/page

202

[203] Загиней З. А. Основні недоліки нормотворчої техніки інституту застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2017. № 4. С. 58–78. URL: https://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/6986/1/zaginej%20%281%29.pdf. С. 62.

203

Окрім того, Закон «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014 міг би змінити лише порядок набрання чинності, а не власне текст Розділу XIV-1 Загальної частини КК. Крім того, «зміна Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб» від 23.05.2013 не відповідала предмету правового регулювання у Законі «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014. Адже його метою є визначення статусу території України, тимчасово окупованої внаслідок збройної агресії РФ, встановлення особливого правового режиму на цій території, визначення особливостей діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій в умовах цього режиму, додержання та захисту прав і свобод людини й громадянина, а також прав і законних інтересів юридичних осіб (ст. 2). А зміни у Законі «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб» від 23.05.2013 стосуються вжиття ЗКПХ. І в пояснювальній записці до законопроєкту не обґрунтовується необхідність внесення таких змін»[204].

Отже, інститут застосування ЗКПХ набрав чинності з 27.04.2014.

Таким чином, «однією з вад нормотворчої техніки інституту ЗКПХ є процедура набрання ним чинності, відповідно до якої зміни вносилися законодавцем у ще не чинний текст кримінального закону. Виокремлено такі основні правила нормотворчої техніки: а) недоцільність внесення змін у нормативно-правові акти про внесення змін у законодавство; б) предметна спорідненість нормативно-правового акта, згідно з яким вносяться зміни, та нормативно-правового акта, в який вносяться зміни, що передбачає наявність тотожного або однорідного предмета регулювання; в) доцільність обґрунтування у пояснювальних записках внесення змін у нормативно-правові акти»[205].

7.2. Хочемо звернути увагу також на темпоральній дії у часі ст. 325 КК, яка була модернізована законодавцем під час коронавірусної

[204] Загиней З. А. Основні недоліки нормотворчої техніки інституту застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. Там само. С. 62–63.

[205] Загиней З. А. Основні недоліки нормотворчої техніки інституту застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. С. 73–74.

пандемії. До сьогодні питання про те, чи її чинною відповідна норма на сьогодні є проблемним. У чинному КК передбачається кримінальна відповідальність за порушення санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним хворобам та масовим отруєнням, (ст. 325). У цю статтю протягом всього часу її дії вносилися зміни та доповнення. Двома законами вона була викладена в новій редакції. Одним із таких законів, а саме Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 17.03.2020 № 530-IX (далі — Закон № 530-IX)[206] було створено черговий «законодавчий ребус», який перервав послідовний ланцюг темпоральної дії кримінально-правової норми, спрямованої на забезпечення епідемічної безпеки в Україні.

Стаття 325 КК змінювалася кілька разів. При цьому характер та ступінь повноти таких змін був різним. Так, у нових редакціях ця стаття викладалася двічі — Законом «Про внесення змін до статті 325 Кримінального кодексу України» від 17.03.2009 № 1125-VI (далі — Закон № 1125-VI)[207] та Законом № 530-IX[208]. Окрім того, зміни у ст. 325 КК вносилися Законами «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 № 2617-VIII (набрав чинності 01.07.2020)[209] та «Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо удосконалення видів кримінальних покарань» від 23.08.2023 № 3342IX[210].

Окрім того, Закон № 530-IX, яким ст. 325 КК було викладено в новій редакції вдруге, слід розглядати у взаємозв'язку з Законом «Про

206

[206] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон від 17.03.2020 № 530-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/530-20#n22

207

[207] Про внесення змін до статті 325 Кримінального кодексу України : Закон від 17.03.2009 № 1125-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1125-17#Text

[208] Закон від 17.03.2020 № 530-IX. Там само.

209

[209] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 № 2617-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19#Text

210

[210] Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо удосконалення видів кримінальних покарань : Закон від 23.08.2023 № 3342-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3342-20#n226

внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID19)» від 30.03.2020 № 540-IX[211]. Указаним Законом було внесено зміни у темпоральний розділ Закону № 530-IX, а тому їх слід розглядати у взаємозв'язку.

Якщо порівняти перші два закони, якими ст. 325 КК було викладено в новій редакції, то вбачається, що відрізняються вони істотно санкціями. Диспозиції вказаної статті залишилися незмінними. Так, за порушення правил та норм, встановлених з метою запобігання епідемічним та іншим інфекційним хворобам, а також масовим неінфекційним захворюванням (отруєнням) і боротьби з ними, якщо такі дії спричинили або завідомо могли спричинити поширення цих захворювань у редакції Закону № 1125VI передбачалося покарання у виді штрафу до 100 НМДГ або арешту на строк до 6 місяців, або обмеження волі на строк до 3 років[212], а в редакції Закону № 530-IX — у виді штрафу від 1 000 до 3 000 НМДГ або арешту на строк до 6 місяців, або обмеженням волі на строк до 3 років, або позбавленням волі на той самий строк[213]. Санкція ч. 2 ст. 325 КК однакова у редакціях обох Законів — позбавлення волі від 5 до 8 років. Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 № 2617-VIII було змінено санкцію ч. 1 ст. 325 КК — збільшено розмір покарання у виді штрафу з «до 100 НМДГ» на «від 2 000 до 5 000 НМДГ» та додано як альтернативне покарання позбавлення волі на строк до 3 років. Як було зазначено вище, цей Закон набрав чинності повністю та в цілому з 01.07.2020[214]. Законом «Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо удосконалення видів кримінальних покарань» від 23.08.2023 № 3342-IX у санкції ч. 1 ст. 325 КК покарання у виді арешту на строк до 6 місяців замінено на нове покарання у виді

211

[211] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон від 30.03.2020 № 540-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/540-20#n356

[212] Закон від 17.03.2009 № 1125-VI. Там само.

[213] Закон від 17.03.2020 № 530-IX. Там само.

[214] Закон від 22.11.2018 № 2617-VIII. Там само.

пробаційного нагляду на строк до 3 років[215]. Попри вказані зміни, якими ст. 325 коригувалася, текст цієї статті КК на офіційному вебсайті ВРУ залишився незмінним у тій редакції, в якій вона була викладена Законом № 530-IX.

Як було зазначено вище, темпоральна дія Закону № 530-IX та Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 30.03.2020 № 540-IX повинна визначатися у взаємозв'язку. Так, у прикінцевих та перехідних положеннях Закону не передбачалося жодних винятків стосовно дії норми ст. 325 КК у новій редакції та було зазначено, що він набирає чинності з дня його опублікування (тобто з 17.03.2020 — з моменту опублікування в офіційному виданні «Голос України»). Водночас Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 30.03.2020 № 540-IX було внесено зміни до прикінцевих та перехідних положень Закону № 530-IX, відповідно до яких «темпоральна доля» редакції ст. 325 у розумінні вказаного Закону, стала строковою. Адже ним було визначено, що редакція ст. 325 КК діє протягом трьох місяців з дня опублікування цього Закону.

Тобто згідно з такими темпоральними особливостями дії норми, вміщеної у ст. 325 КК, її редакція як така, що була викладена Законом № 530-IX, діяла виключно упродовж трьох місяців з моменту опублікування цього Закону, тобто з 17.03.2020 (з моменту опублікування в офіційному виданні «Голос України»). Дія ст. 325 КК у редакції Закону № 530-IX була припинена 18.06.2020. Однак що означає таке припинення дії? Чи означає воно до повернення ст. 325 КК до редакції, яка існувала до моменту набрання чинності Законом № 530-IX?

Якщо проаналізувати судову практику після 18.06.2020, то вбачається, що суди, ухвалювали вироки за ст. 325 КК, призначаючи при цьому покарання засудженим у межах санкції ч. 1 цієї статті у редакції Закону № 530-IX[216].

Наприклад, вироком Овідіопольського районного суду Одеської області від 21.01.2021 особу було визнано винуватою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 325 КК, та призна-

[215] Закон від 23.08.2023 № 3342-IX. Там само.

[216] Закон від 17.03.2020 № 530-IX. Там само.

чено покарання, у виді штрафу в розмірі 1 000 НМДГ (17 000 грн)[217]; вироком Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 18.03.2021 у справі № 185/525/21 затверджено угоду про визнання винуватості, визнано особою винуватою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 25 КК, та призначено узгоджене сторонами покарання у виді позбавлення волі на строк 2 роки, від якого засуджений звільнений з іспитовим строком (ст. 75 КК)[218]; вироком Суворовського районного суду м. Одеси від 23.11.2022 у справі № 523/18137/21 затверджено угоду про визнання винуватості, визнано особою винуватою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 325 КК, та призначено узгоджене сторонами покарання у виді штрафу в розмірі 3 000 НМДГ (51 00 грн)[219].

Отже, як бачимо, суди й надалі застосовують ст. 325 КК у редакції Закону № 530-IX й після 18.06.2020, тобто після припинення її дії у редакції цього Закону. А сам законодавець, який визначив строк дії редакції ст. 325 КК у 3 місяці, створивши тим самим «законодавчий ребус», продовжив вносити зміни в цю статтю. Однак чи правомірно це?

Якщо проаналізувати формулювання прикінцевих та перехідних положень Закону № 530-IX, то вбачається, що законодавець передбачив, що ст. 325 КК діє в такій редакції протягом трьох місяців. У теорії права поняття «дія нормативно-правових актів» та «чинність нормативно-правових актів» в працях окремих дослідників не розмежовуються. Наприклад, О. В. Пушняк стверджує, що за цими термінами стоїть одне поняття, що позначає початкову точку темпоральної (календарної) дії (чинності) нормативно-правового акта[220]. П. М. Рабінович часову дію нормативно-правових актів характеризує таким показником, як момент набуття таким актом чинності, тобто початку його дії[221]. Друга точка зору полягає в тому, що чинність є передумовою дії нормативно-правових актів. Вона відображена в наукових працях багатьох науковців, зокрема

217

218

219

220

[217] Вирок Овідіопольського районного суду Одеської області від 21.01.2021. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94303392

[218] Вирок Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 18.03.2021 у справі № 185/525/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95617288

[219] Вирок Суворовського районного суду м. Одеси від 23.11.2022 у справі № 523/18137/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/107819818

[220] Пушняк О. В. Набуття чинності нормативно-правовими актами в Україні. Форум права. 2010. № 4. С. 748–754. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/1548/1/Pushnjk_2012_2.pdf

[221] Юридична енциклопедія : в 6 т. Т. 2 / редкол. Ю. С. Шемшученко (голова ред.) та ін. Київ : Укр. енциклопедія. 1998. С. 214.

Н. М. Пархоменко[222], М. О. Теплюка[223], А. О. Шуліми[224] та інших. Так, на думку М. О. Теплюка, «…чинність закону виступає як фактор, від наявності або відсутності якого безпосередньо залежить дієвість закону… Фактично йдеться про те, що процес перетворення закону в чинний закон … виявляється необхідною умовою, від якої залежить його регулювальна дія»[225].

Деякі дослідники виокремлюють ще одне поняття — «юридична сила», яке, на їх думку, охоплює поняття «чинність» та «дія» нормативно-правового акта[226]. Згідно з Законом «Про правотворчу діяльність» від 24.08.2023 № 3354-IX дія нормативно-правового акта у часі — це реалізація нормативно-правового акта щодо суспільних відносин, що виникли після набрання ним чинності або до набрання ним чинності і тривали станом на дату набрання актом чинності. Дія нормативно-правового акта поширюється на суспільні відносини, що виникли (тривають) після набрання ним чинності, якщо інше не передбачено Конституцією України чи законом. Дія нормативно-правового акта починається з моменту набрання ним чинності, якщо інше не передбачено законом, і закінчується моментом припинення його дії (частини 1, 2 ст. 57). Як передбачено в ч. 6 ст. 57 вказаного Закону, моментом припинення дії нормативно-правового акта є 24 година дня відповідного строку (терміну), якщо інше не визначено Конституцією України, законом або більш пізній строк (термін) не встановлено самим нормативно-правовим актом. Однією з підстав припинення дії нормативно-правового акта згідно з п. 2 ч. 1 ст. 58 Закону «Про правотворчу діяльність» є закінчення строку (терміну) їх дії, у разі якщо такий строк (термін) визначено у відповідному нормативно-правовому акті. У випадку, передбаченому цим пунктом, суб'єкт правотворчої діяльності не приймає додатково рішення про втрату чинності цим нормативно-правовим актом або окремим його структурним елементом. Такий нормативно-правовий акт або окремий його структурний елемент втрачає чинність у строк (термін), визначений у цьому нормативно-правовому акті[227].

---

[222] Дія права: інтегративний аспект : монограф. / кол. авторів ; відп. Ред. М. Оніщенко. Київ : Юридична думка, 2010. С. 177.

[223] Теплюк М. О. Теоретико-правові основи введення законну в дію монограф. Київ : Парламентське вид-во. 2013. С. 195–196.

[224] Шуліма А. О. «Чинність» та «дія» закону: розмежування понять. *Держава і право.* 2011. Вип. 51. С. 70.

[225] Теплюк М. О. Теоретико-правові основи введення законну в дію. Там само. С. 19.

[226] Шуліма А. О. «Чинність» та «дія» закону: розмежування понять. Там само. С. 70.

[227] Про правотворчу діяльність. Закон від 24.08.2023 № 3354-IX. Там само.

Таким чином, як вбачається з аналізу темпоральних властивостей Закону № 530-IX, він втратив дію через три місяці з дня його опублікування. Тобто саме з цього моменту він перестає регулювати відповідні суспільні відносини. Отже з 18.06.2020 застосування ст. 325 КК у редакції Закону № 530-IX є нелегітимним та ставить під сумнів ухвалені судами вироки за цією статтею. Однак чи припинення дії статті у редакції відповідного закону «реанімує» її попередню редакцію, яка існувала до моменту набрання чинності законом № 530-IX, який визначив темпоральні рамки дії ст. 325 КК у новій редакції? Вважаємо, що ні.

З огляду на формулювання темпоральних властивостей дії у часі редакції ст. 325 КК у Законі № 530-IX з урахуванням Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 30.03.2020 № 540-IX, вбачається, що законодавець визначив чіткий час дії ст. 325 КК у новій редакції, а саме три роки. Жодних Законів, якими б продовжувалася дія вказаної статті, ВРУ не приймала.

На думку судді ВС Я. Берназюка, «за загальним правилом, визнання таким, що втратив чинність, нормативного акта чи його скасування не поновлює дію актів, які ним скасовані або визнані такими, що втратили чинність; дія нормативного акта поновлюється шляхом прийняття аналогічного нового акта або нового акта, що містить спеціальну норму про відновлення дії попереднього акта та визначення спеціального порядку такого відновлення регулювання відповідних правовідносин. Аналогічна позиція міститься у пункті 32 Правил підготовки проєктів актів КМУ, затверджених постановою КМУ № 870 від 06.09.2005»[228].

Насправді, п. 32 вказаних Правил передбачено, що визнання таким, що втратив чинність, акта КМУ чи його скасування не поновлює дію актів, які визнані ним такими, що втратили чинність, чи які скасовані таким актом. Дія акта КМУ поновлюється шляхом прийняття відповідного акта або із зазначенням в тексті акта про визнання таким, що втратив чинність, акта КМУ, чи про його скасування[229]. Схоже положення у Законі «Про правотворчу діяльність відсутнє.

228

229

[228] Берназюк Я. Дія закону у часі: особливості правозастосовної практики Верховного Суду (на прикладі вирішення публічно-правових спорів). Офіційний вебсайт Верховного Суду. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/958781/

[229] Правила підготовки проєктів нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України, затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 06.09.2005 № 870. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/870-2005-%D0%BF#Text

Таким чином, «ураховуючи викладене, доходимо висновку, що ст. 325 КК на сьогодні не діє, а тому до неї не можуть вноситися жодні зміни і тим більше ухвалюватися вироки. Відповідна нормотворча та правозастосовна діяльність в цьому контексті є незаконною, що може зумовити негативні правові наслідки, особливо в конкретних ситуаціях правозастосування. Водночас, на нашу думку, для уникнення негативних ситуацій у правозастосуванні, а також з метою забезпечення кримінально-правової протидії порушенню санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним хворобам та масовим отруєнням доцільно розглянути питання про викладення статті 325 КК у новій редакції, тобто про поновлення дії відповідної кримінально-правової норми і спосіб та в порядку, передбаченому законодавством України»[230].

Отже, аналіз наукової літератури, темпоральних властивостей ст. 325 КК у редакції Закону № 530IX дозволяє дійти висновку, що на сьогодні її дія припинена 18.06.2020, а попередня редакція цієї статті не поновлена. Відповідно внесення змін до ст. 325 КК, що має місце у нормотворчій діяльності на сьогодні, а також ухвалення вироків у кримінальних провадженнях за вказаною статтею є таким, що не відповідає принципу законності.

Ще на один аспект техніко-юридичної консолідації КК, який пов'язаний з його еталонним текстом, що є результатом коригування кримінального законодавства України, хотілося б звернути свою увагу, стосується відповідності тексту КК, розміщеного на сайті ВРУ та еталонним текстом, що розміщується в Єдиному державному реєстрі нормативно-правових актів (далі — Реєстр).

Зазвичай користувачі, зокрема й практичні працівники, послуговуються текстом КК, розміщеним на сайті ВРУ. Стосується це не лише кримінального законодавства України, а й будь-яких інших нормативно-правових актів. Принаймні зручно зайти на сайт ВРУ і в режимі швидкого перегляду відшукати потрібний нормативно-правовий акт. Мало хто замислювався над тим, що база даних «Законодавство України» має інформаційний характер і не є офіційним друкованим виданням. Вона використовується згідно із Положенням про офіційний вебсайт та інші веб-ресурси ВРУ. Так зазначено на офіційному вебпорталі парламенту України.

[230] Загиней-Заболотенко З. А., Мельник В. М. Порушення санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним хворобам та масовим отруєнням (стаття 325 Кримінального кодексу України): темпоральні проблеми дії у часі. Юридичний науковий електронний журнал. 2024. № 4. С. 523. URL: http://www.lsej.org.ua/4_2024/126.pdf

230

Водночас існує поняття еталонного тексту нормативно-правового акта — це текст нормативно-правового акта у формі комп'ютерного файла, цілісність якого забезпечується за допомогою спеціальних ознак (п. 2 Порядку ведення Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів та користування ним, затв. постановою КМУ від 23.04.2001 № 376, п. 2.4 розділу ІІ Інструкції про порядок включення нормативно-правових актів до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів та надання інформації з нього, затв. наказом Міністерства юстиції України 26.06.2002 № 57/5). Держателем цього Реєстру є Міністерство юстиції України, яке розробляє організаційні та методологічні принципи ведення Реєстру, приймає рішення про включення нормативно-правових актів до Реєстру, здійснює їх опрацювання, ідентифікацію, класифікацію, відповідає за автентичність та контрольний стан еталонних текстів, забезпечує внесення нормативно-правових актів до еталонного фонду і його збереження та здійснює контроль за наданням інформації з Реєстру. Контрольний стан нормативно-правового акта визначається в цій Інструкції як стан нормативно-правового акта, при якому забезпечено наявність у цьому акті всіх змін і доповнень, унесення яких передбачено чинним законодавством (п. 3 Порядку № 346 п. 2.4 розділу ІІ Інструкції № 57/5)[231].

Тобто, еталонним текстом КК є той текст, що розміщений в Реєстрі, а не на офіційному вебпорталі ВРУ.

Як під час модернізації кримінального законодавства України, так і під час здійснення іншого коригування КК, зміни в одну статтю цього Кодексу можуть вноситися «суцільним потоком» та/або у великій кількості, що утруднює облік всіх змін та доповнень тексту КК, який може відрізнятися на офіційному вебпорталі парламенту України та в Реєстрі.

Наприклад, на офіційному вебпорталі ВРУ читаємо такий текст ч. 2 ст. 49 КК:

«2. Перебіг давності зупиняється, якщо особа, що вчинила кримінальне правопорушення, ухилилася від досудового розслідування або суду. У цих випадках перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання, ***а з часу вчинення кримінального проступку — п'ять років***. У цьому разі особа звільняється від

23^{1} 23^{2}

[231] Порядок ведення Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів та користування ним, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 23.04.2001 № 376. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/376-2001-%D0%BF#Text ; Інструкція про порядок включення нормативно-правових актів до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів та надання інформації з нього, затв. наказом Міністерства юстиції України 26.06.2002 № 57/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0546-02#Text

кримінальної відповідальності, якщо з часу вчинення кримінального правопорушення минуло п'ятнадцять років».

В Еталонному тексті КК, що розміщений у Реєстрі, ч. 2 ст. 49 КК звучить так:

«2. Перебіг давності зупиняється, якщо особа, що вчинила кримінальне правопорушення, ухилилася від досудового розслідування або суду. У цих випадках перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання. У цьому разі особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з часу вчинення кримінального правопорушення минуло п'ятнадцять років, ***а з часу вчинення кримінального проступку — п'ять років***»[232].

Коригування ст. 49 КК загалом здійснювалося 10-ма законами. Частина 2 цієї статті, про яку йдеться, змінювалася двічі[233]. Спірним формулюванням ч. 2 була доповнена Законом від 22.11.2018 № 2617-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень»[234]. Текст самого доповнення у цьому Законі звучить так: «друге речення доповнити словами «а з часу вчинення кримінального проступку — п'ять років». Тобто законодавець, прийнявши коригуючий закон у такій редакції, помилився та доповнив цією фразою не те речення, яке мав на увазі, враховуючи дух коригуючого закону, який був спрямований на введення у кримінально-правову матерію кримінального проступку та диференціації кримінальної відповідальності за злочини та кримінальні проступки. Друге речення, яке власне й було доповнено коригуючим законом в попередній редакції таке: «У цих випадках перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання». Вочевидь, законодавець мав на увазі диференціювати строки, сплив яких у разі вчинення кримінальних проступків та злочинів є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності

232

[232] Кримінальний кодекс України (еталонний текст). Єдиний державний реєстр нормативно-правових актівю. URL: https://surl.li/cgjsct

233[1]

[233] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність з Кримінальним процесуальним кодексом України : Закон від 16.05.2013 № 245-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/245-18#n21 ; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон від 22.11.2018 № 2617-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19#n141

233[2]

234

[234] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон від 22.11.2018 № 2617-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19#n141

за злочини — якщо з часу їх вчинення минуло 15 років, за проступки — якщо з часу їх вчинення минуло 5 років. Однак це лише наше припущення.

Тим більше такої диференціації звільнення від кримінальної відповідальності, про яку було вказано вище, не відбулося, оскільки цим же коригуючим законом від 22.11.2018 № 2617-VIII у всій ст. 49 КК термін «злочин» було замінено на термінологічний зворот «кримінальне правопорушення». Яке, нагадаємо, є родовим поняттям та охоплює злочини та кримінальні проступки (ч. 1 ст. 12 КК). Якщо повернутися до нашого попереднього припущення про намір законодавця диференціювати підставу звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку зі спливом строків, визначених КК, з часу вчинення кримінального правопорушення.

Ухвалою Камянець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 18.10.2022 було задоволено клопотання прокурора про закриття кримінального провадження від 18.02.2014 за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 358 КК та закрито це кримінальне провадження на підставі п. 3-1 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку із невстановленням особи, яка вчинила кримінальне правопорушення та закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності[235].

Не погодившись із таким рішенням суду першої інстанції, потерпілий оскаржив його до Хмельницького апеляційного суду. Ухвалою Хмельницького апеляційного суду від 13.12.2022 частково задоволено апеляційну скаргу потерпілого, скасовано ухвалу Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 18.10.2022 та постановлено нову, якою відмовлено у задоволенні клопотання прокурора про закриття кримінального провадження від 18.02.2014 за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 358 КК.

Приймаючи таке рішення, апеляційний суд вказав таке. Для закриття кримінального провадження на підставі ч. 2 ст. 49 КК має бути дві обов'язкові умови: не встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення та закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності. У такому разі, особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з часу вчинення кримінального правопорушення минуло п'ятнадцять років. Матеріалами кримінального провадження стверджується, що проведеними слідчими (розшуковими)

235

[235] Ухвала Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 18.10.2022 у справі № 676/5139/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106806501

діями не вдалося встановити особу, яка вчинила вказане кримінальне правопорушення, підозра жодній особі не вручена. Із протоколу прийняття заяви про вчинене кримінальне правопорушення та пояснень потерпілого в процесі апеляційного розгляду вбачається, що таке правопорушення виявлено у 2013 р., тобто, станом на грудень 2022 р. встановлений законом п'ятнадцятирічний строк не сплинув. Місцевий суд на зазначене уваги не звернув та прийшов до передчасного висновку про необхідність закриття кримінального провадження у зв'язку наведеним, чим допустив істотне порушення вимог кримінального процесуального закону. Суд першої інстанції приймаючи рішення керувався строками встановленими ч. 1 ст.49 КК, яка регулює порядок звільнення від кримінальної відповідальності встановлених органами досудового розслідування осіб, а не місце перебування яких не відоме, що є в даному випадку[236].

Не погодившись з таким рішенням суду апеляційної інстанції, прокурор подав касаційну скаргу, в якій зазначає, що у вказаному кримінальному провадженні наявні всі визначені законом умови для задоволення клопотання прокурора та закриття кримінального провадження з підстави, передбаченої п. 3-1 ч. 1 ст. 284 КПК, оскільки не встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, при цьому строк давності притягнення до кримінальної відповідальності закінчився і дане кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 358 КК, згідно з ч. 2 ст. 12 КК є кримінальним проступком, строк притягнення до відповідальності за яке відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 49 КК становить 3 роки, а з моменту його вчинення минуло понад 9 років. Також вказує на те, що положеннями ч. 2 ст. 49 КК передбачено 5-річний строк давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення кримінального проступку, а не 15-річний строк.

ВС задовольнив клопотання прокурора, скасував рішення суду апеляційної інстанції та призначив новий апеляційний розгляд. Приймаючи таке рішення, ВС констатував, що тлумачення апеляційним судом вимог ст. 49 КК є неправильним застосуванням кримінального закону, оскільки загальні строки давності притягнення особи до кримінальної відповідальності у разі вчинення кримінального проступку відрізняються від таких строків у випадку вчинення злочину. ВС, керуючись еталонним текстом КК, розміщеному в Реєстрі, резюмував, що загальний

236

[236] Ухвала Хмельницького апеляційного суду від 13.12.2022 у справі № 676/5139/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/107854070

строк притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення кримінального проступку становить 5 років, а не 15 років[237].

Під час нового апеляційного перегляду Хмельницький апеляційний суд залишив без змін ухвалу Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 18.10.2022 про закриття кримінального провадження за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 358 КК, а апеляційну скаргу потерпілого — без задоволення[238].

Нагадаємо також про правовий висновок, який міститься у постанові Великої Палати ВС від 02.02.2023 у справі № 735/1121/20: «У разі ухилення від досудового розслідування або суду особа підлягає звільненню від кримінальної відповідальності або покарання за давністю після спливу диференційованого строку, передбаченого частиною першою статті 49 КК, подовженого на період ухилення. Закінчення загальних строків, установлених частиною другою цієї статті (п'ятнадцять років з моменту вчинення злочину і п'ять років — проступку), є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, коли цей строк спливає раніше за диференційований, подовжений на час ухилення»[239].

Тобто, ВП ВС також орієнтувалася на еталонний текст КК, вміщеного в Реєстрі.

Керуватися еталонним текстом КПК у кримінальному провадженні висновував ККС. Так, у постанові від 18.03.2025 суд касаційної інстанції, розглянувши довід у касаційній скарзі сторони захисту про те, що в цьому провадженні справа передана до суду поза межами строку дізнання, оскільки ч. 4 ст. 219 та ч. 1 ст. 298[5] КПК передбачають:

«4. Строк досудового розслідування може бути продовжений у порядку, передбаченому параграфом 4 глави 24 цього Кодексу. При цьому загальний строк досудового розслідування не може перевищувати: 1) одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку у випадках, передбачених пунктами 1 і 2 частини третьої цієї статті…». «1. У разі необхідності проведення додаткових слідчих і розшукових дій строк дізнання може бути продовжений прокурором до тридцяти днів. Про продовження строку дізнання прокурор

237

238

239

[237] Постанова ККС від 09.03.2023 у справі № 676/5139/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/109491903#

[238] Ухвала Хмельницького апеляційного суду від 25.04.2023 у справі № 676/5139/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/110464738

[239] Постанова ВП ВС від 02.02.2023 у справі № 735/1121/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/108960086#

виносить постанову». Відповідно, сторона захисту вважає, що винесена у цій справі прокурором постанова від 02.04.2021 про продовження строку дізнання до 05.05.2021 суперечить цим положенням, оскільки загальний строк дізнання з дня оголошення 05.03.2021 про підозру закінчився 05.04.2021 і не міг бути продовжений до 2 місяців.

Відхиляючи такий довід сторони захисту у касаційній скарзі, суд касаційної інстанції зауважив, що в еталонному електронному тексті оригіналу КПК, розміщеному в Реєстрі, ч. 4 ст. 219 та ч. 1 ст. 298

передбачають:

«4. Строк досудового розслідування може бути продовжений у порядку, передбаченому параграфом 4 глави 24 цього Кодексу. При цьому загальний строк досудового розслідування не може перевищувати: 1) двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку у випадках, передбачених пунктами 1 і 2 частини третьої цієї статті…». «1. У разі необхідності проведення додаткових слідчих і розшукових дій строк дізнання може бути продовжений прокурором до двох місяців. Про продовження строку дізнання прокурор виносить постанову».

Як зазначив ККС, суд у своїх висновках спирається на еталонний текст закону і на цій підставі відхиляє цей довід сторони захисту[240].

Таким чином, доходимо висновку, що під час вирішення як кримінально-правових, так і кримінальних процесуальних проблем у конкретному кримінальному провадженні необхідно в будь-якому разів керуватися еталонними текстами КК та КПК, а не текстами цих Кодексів, розміщених на офіційному вебпорталі ВРУ, оскільки такі тексти не є офіційними. У разі виникнення розбіжностей у формулюванні кримінально-правових та кримінальних процесуальних приписів в еталонних текстах КК та КПК та у текстах цих Кодексів на офіційному вебпорталі парламенту України, перевагу потрібно надавати саме еталонним текстам КК та КПК.

VIII. Висновки

Дослідження проблематики модернізації кримінального законодавства України дозволило запропонувати концептуальні основи цього важливого напряму кримінально-правової правотворчості, які полягають у такому.

[240] Постанова ККС від 18.03.2025 у справі № 159/2531/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/126259373

Під модернізацією кримінального законодавства України запропоновано розуміти такий напрям правотворчості у галузі кримінального права, юридичну діяльність спеціально уповноваженого суб'єкта (ВРУ), який з урахуванням об'єктивних тенденцій, викликів, вимог сучасної дійсності змінює та доповнює чинний КК з метою підтримання його адаптивності до існуючого порядку суспільних відносин та приводить його нормативні положення до сучасного стану такого порядку і його нормативного регулювання, орієнтуючись на вимоги майбутнього часу. Виокремлено такі істотні ознаки поняття «модернізація кримінального законодавства України»: 1) напрям правотворчості у галузі кримінального права України; 2) юридична діяльність спеціально уповноваженого суб'єкта (ВРУ); 3) ураховує об'єктивні тенденції, виклики, вимоги сучасної дійсності; 4) форма — зміна та доповнення чинного КК, а також викладення в новій редакції статей цього Кодексу; 5) мета — підтримання адаптивності кримінального законодавства України до існуючого порядку суспільних відносин та орієнтація на вимоги майбутнього часу; 6) результат — приведення нормативних положень КК до сучасного стану порядку суспільних відносин та його нормативного регулювання.

Модернізація кримінального законодавства України повинна здійснюватися з урахуванням загальних принципів правотворчості, принципів кримінального права як галузі права, а також спеціальних принципів кримінально-правової правотворчості, до яких віднесено принципи розумності, повноти кримінально-правового припису та відсутності прогалин, синхронізації.

Принцип розумності характеризується такими вимогами, як обгрунтованість, розсудливість, обачність та доцільність. Загалом принцип розумності модернізації кримінального законодавства України означає, що така модернізація повинна бути обґрунтованою, розсудливою, обачною та доцільною, що в комплексі забезпечує передбачуваність кримінального законодавства України, його адаптивність до сучасних викликів, що потребує кримінально-правового забезпечення охорони відповідного порядку суспільних відносин та превалювання здорового глузду під час вирішення питання про коригування кримінального законодавства України. При цьому:

– обґрунтованість означає достатність підстави для модернізації кримінального законодавства України, що має бути обґрунтовано передусім у пояснювальній записці до коригуючого закону, супровідних документах до нього;

– розсудливість виступає механізмом реалізації раціональної, зваженої та соціально орієнтованої кримінально-правової правотворчості,

відповідно до якої модернізоване кримінальне законодавство України не лише формально відповідає загальним вимогам правотворчості, а й здатне досягати поставленої мети, зберігаючи баланс між кримінально-правовим забезпеченням охорони суспільства і дотриманням прав людини.

– обачність є проявом раціонального і соціально орієнтованого законодавчого мислення, яке грунтується на здоровому глузді та прагненні досягнути справедливого співвідношення між кримінально-правовим забезпеченням охорони суспільних інтересів та дотриманням прав і свобод людини.

– доцільність передбачає адаптивність кримінального законодавства до сучасних викликів та технологічних трансформацій, повинна грунтуватися на балансі динамізму та стабільності цього законодавства. Модернізація кримінального законодавства України лише тоді може визнаватися доцільною, коли вона спрямована на підвищення ефективності кримінально-правового регулювання та не спрямована на законодавчу інфляцію у результаті хаотичного та безсистемного коригування кримінального законодавства України.

Принцип повноти кримінально-правового припису та відсутності прогалин виступає стратегічним орієнтиром адаптації кримінального законодавства України до нових соціальних реалій, викликів, забезпечуючи його ефективність, прогнозованість та системність. У разі, коли кримінально-правовий припис викладено у КК максимально повно, він здатний бути ефективною умовою реалізації кримінального законодавства України.

Принцип синхронізації під час модернізації кримінального законодавства України відіграє важливу роль в цьому процесі, спрямований на те, щоб гармонізувати кримінальне законодавство України як саме по собі (тобто забезпечити внутрішню синхронізацію), так і з нормами інших галузей права, що регламентуються регулятивним законодавством, а також з міжнародними нормами (тобто забезпечити и зовнішню синхронізацію).

Видами коригуючих кримінальних законів з урахуванням доробку теоретиків права запропоновано визнавати: закон про внесення змін до КК; закон про внесення доповнень до КК; закон про викладення в новій редакції статті/статей, частин статті /статей, розділів КК. Кожен з цих коригуючих законів є самостійним видом, однак під час здійснення правотворчої діяльності та її нормативного регулювання не виокремлюються.

Констатовано підвищений рівень динамізму кримінального законодавства України, яке змінювалося 244 коригуючими законами. Незмінними залишилося 49 статей КК (10 — статті Загальної частини, 39 — статті Особливої частини КК) (12% з 447 КК початкової редакції 2001 р.). КК було доповнено 128 новими статтями, що становить майже третину від загальної кількості статей КК в його первісній редакції. 37 статей Особливої частини КК було виключено, з яких 13 статей — це статті, якими було доповнено Особливу частину КК у процесі поточної правотворчості.

Коригуючі закони є такими, що модернізують кримінальне законодавство України, якщо ними запроваджується новий кримінально-правовий інститут, який тим більше має комплексний характер, включаються нові статті КК (згідно з правилами нормотворчої техніки їм присвоюється відповідна позначка) або викладаються в новій редакції з істотно зміненою редакцією відповідної статті з урахуванням зміни регулятивного законодавства, міжнародно-правових зобов'язань, взятих на себе Україною, а також судової практики у вигляді правових висновків ВС. Окрім того, про модернізацію кримінального законодавства України свідчить й «реанімація» у КК кримінально-правової норми, попередньо виключеної з цього Кодексу, незалежно від того, чи викладається вона в оновленій редакції.

Модернізація кримінального законодавства України може відбуватися стосовно розділу або частини розділу, тексту цілої статті чи кількох статей КК, диспозиції та/або санкції конкретної статті чи конкретних статей цього Кодексу. Головне, щоб самі зміни носили новітній характер, необхідний для максимальної адаптації цього Кодексу до сучасного порядку суспільних відносин.

Нормативний порядок внесення змін до КК, який полягає в тому, що зміни до КК вносяться виключно законами про внесення змін до КК, КУпАП, КПК щонайменше незручний, який передбачає необхідність розроблення кількох законопроєктів — первісного (основного) закону регулятивного характеру та вторинного (похідного) закону, яким вносяться зміни до КК. Запропоновано виключити з КК ч. 6 ст. 3 та внести зміни в Регламент ВРУ, які стосуються закріплення механізму розгляду законопроєктів регулятивного та охоронного призначення, які стосуються одного і того ж чи подібних питань правового регулювання.

Виявлено хвилеподібний розвиток кримінального законодавства України, піковими роками при цьому були 2009 р. (18 коригуючих законів), 2010 р. (15 коригуючих законів), 2011 р. (15 коригуючих законів), 2014 (26 коригуючих законів), 2015 р. (18 коригуючих законів) та

2022 р. (15 коригуючих законів) рр. на кожен з таких «пікових» років припадають знакові для України події, що вплинуло на пришвидшений динамізм кримінального законодавства України у вказані роки.

Антикорупційне оновлення кримінального законодавства України відбувалося поступово під впливом, передусім, міжнародних зобов'язань України у сфері запобігання та протидії корупції, а також у зв'язку з визнанням окремих положень КК, якими передбачалася кримінальна відповідальність за корупційні кримінальні правопорушення. При цьому антикорупційне оновлення кримінального законодавства мало кілька етапів, а саме невдала спроба модернізації (2009 р.), активна фаза антикорупційної модернізації (2011–2015 рр), протягом якої відбулися найбільш істотні зміни у статтях про корупційні кримінальні правопорушення значною кількістю коригуючих законів України; спорадичний етап антикорупційної модернізації (2016–2025 рр), протягом якого така модернізація відбувалася нечасто.

Воєнна модернізація кримінального законодавства України здійснювалася у всіх можливих формах, а саме криміналізація суспільно небезпечних діянь, викладення в новій редакції статей КК, диференціація кримінальної відповідальності за окремі кримінальні правопорушення, встановлення підстав командної кримінальної відповідальності, включення такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, доповнення системи покарань новим видом додаткового покарання, встановлення особливостей призначення покарань за вчинення ряду кримінальних правопорушень, а також застосування інших засобів кримінально-правового характеру, встановлення обмежень щодо застосування за окремі кримінальні правопорушення положень про призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, доповнення та зміна статей Загальної частини КК новими видами звільнення від відбування покарання, Встановлення спеціального виду звільнення від кримінальної відповідальності за військові кримінальні правопорушення, внесення змін до прикінцевих і перехідних положень КК, внесення змін до прикінцевих і перехідних положень КК, зміна лише санкцій статей Особливої частини КК. При цьому така модернізація кримінального законодавства України була обумовлена викликами, пов'язаними з війною та необхідністю кримінально-правової охорони найбільш вразливих порядків суспільних відносин.

У разі «реанімації» кримінального законодавства України в певній частині доцільно вести мову про модернізацію кримінального законодавства у цій частині, незалежно від того, чи викладена відповідна «реанімована» стаття в оновленій редакції. Так, окрім того, що норма про

незаконне перетинання державного кордону України повернулася в КК у 2018 р., відбулася не просто її реанімація, а модернізація, тобто осучаснення відповідно до викликів гібридної війни РФ, яка розпочалася у 2014 р. Така модернізація торкнулася передусім формулювання ознак складу незаконного перетинання державного кордону України (нові форми діяння — незаконне перетинання представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств держави–агресора у будь-який спосіб поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів, або за документами, що містять недостовірні відомості;, якщо таке незаконне перетинання вчиняється не представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств держави–агресора та не особою, якій заборонено в'їзд на територію України, то кримінальна відповідальність настає у разі, якщо такі дії вчинено з метою заподіяння шкоди інтересам держави).

Доцільно розглянути можливість доповнення ч. 1 ст. 332^2 КК вказівкою на таку мету незаконного перетинання державного кордону України, як мета ухилитися від призову на військову службу за мобілізацією, оскільки така мета конкретизує конкретні форми прояву суспільно небезпечної поведінки громадян України та слугуватиме точності кваліфікації та визначеності кримінально-правового припису ст. 332^2 КК, який на сьогодні передбачає достатньо загальну мету вчинення незаконного перетинання державного кордону України, а саме мету заподіяння шкоди інтересам держави. Також пропонуємо розглянути питання про те, щоб змінити вектор судової практики з урахуванням того, що на сьогодні всі військовослужбовці ЗС РФ, які незаконно опинилися на території України, протиправно перетнувши державний кордон нашої держави, фактично порушили прикордонну безпеку України та з огляду на формулювання складу незаконного перетинання державного кордону України підлягають кримінальній відповідальності не лише за ст. 438 КК, а й за відповідною частиною статті 332^2 цього Кодексу.

Під час вирішення як кримінально-правових, так і кримінальних процесуальних проблем у конкретному кримінальному провадженні необхідно в будь-якому разів керуватися еталонними текстами КК та КПК, а не текстами цих Кодексів, розміщених на офіційному вебпорталі ВРУ, оскільки такі тексти не є офіційними. У разі виникнення розбіжностей у формулюванні кримінально-правових та кримінальних процесуальних приписів в еталонних текстах КК та КПК та у текстах цих Кодексів на офіційному вебпорталі парламенту України, перевагу потрібно надавати саме еталонним текстам КК та КПК.

Однією з вад нормотворчої техніки коригування кримінального законодавства є процедура набрання чинності відповідним коригуючим законом, відповідно до якої зміни вносилися законодавцем у ще не чинний текст кримінального закону. Виокремлено такі основні правила нормотворчої техніки: а) недоцільність внесення змін у нормативно-правові акти про внесення змін у законодавство; б) предметна спорідненість нормативно-правового акта, згідно з яким вносяться зміни, та нормативно-правового акта, в який вносяться зміни, що передбачає наявність тотожного або однорідного предмета регулювання; в) доцільність обґрунтування у пояснювальних записках внесення змін у нормативно-правові акти.

Аналіз темпоральних властивостей ст. 325 КК у редакції Закону № 530IX дозволяє дійти висновку, що на сьогодні її дія припинена 18.06.2020, а попередня редакція цієї статті не поновлена. Оскільки ст. 325 КК на сьогодні не діє, тому до неї не можуть вноситися жодні зміни і тим більше ухвалюватися вироки. Відповідна нормотворча та правозастосовна діяльність в цьому контексті є незаконною, що може зумовити негативні правові наслідки, особливо в конкретних ситуаціях правозастосування. Для уникнення негативних ситуацій у правозастосуванні, а також з метою забезпечення кримінально-правової протидії порушенню санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним хворобам та масовим отруєнням доцільно розглянути питання про викладення статті 325 КК у новій редакції, тобто про поновлення дії відповідної кримінально-правової норми і спосіб та в порядку, передбаченому законодавством України.

Під час вирішення як кримінально-правових, так і кримінальних процесуальних проблем у конкретному кримінальному провадженні необхідно в будь-якому разів керуватися еталонними текстами КК та КПК, а не текстами цих Кодексів, розміщених на офіційному вебпорталі ВРУ, оскільки такі тексти не є офіційними. У разі виникнення розбіжностей у формулюванні кримінально-правових та кримінальних процесуальних приписів в еталонних текстах КК та КПК та у текстах цих Кодексів на офіційному вебпорталі парламенту України, перевагу потрібно надавати саме еталонним текстам КК та КПК.

Розділ 2. ОСОБЛИВОСТІ СТВОРЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Вікторія БАБАНІНА,
доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник науково-дослідної лабораторії з проблем управління правоохоронною діяльністю та її психологічного супроводження навчально-наукового інституту післядипломної освіти Національної академії внутрішніх справ

ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4173-488X

Анотація. Здійснено аналіз особливостей створення національного кримінального законодавства. Аргументовано, що юридична сутність акта ратифікації міжнародних договорів така: це остаточний трансформаційний акт, що додає договору сили закону й переадресовує зобов'язання щодо його виконання суб'єктам внутрішньодержавного кримінального права. Обґрунтовано, що процес створення Кримінального кодексу України та законів, попри наявність певних особливостей, має чимало спільних ознак. Зокрема, він стосується діяльності одного й того самого суб'єкта правотворення — Верховної Ради України, проходить подібні етапи, полягає в прийнятті кінцевого рішення за схожою процедурою. Суттєво відрізняється в цьому контексті тільки процедури ратифікації міжнародних договорів. Процедуру створення національного кримінального законодавства, на наш погляд, доцільно розділити на два напрями: 1) укладення або ратифікації міжнародних договорів; 2) створення Кримінального кодексу України й законів, які вносять зміни до нього. З огляду на запропоновану нами процедуру створення закону про кримінальну відповідальність, а також наявну врегульовану процедуру його прийняття, законотворчий процес створення національного кримінального законодавства має такі етапи: 1) обговорення необхідності врегулювати певні суспільні відносини законом про кримінальну відповідальність; 2) формування змісту закону про кримінальну відповідальність; 3) громадське обговорення законопроєкту кримінально-правового спрямування; 4) прийняття закону (законопроєкту) Верховною Радою України в першому читанні; 4^1) опрацювання запропонованих поправок після прийняття законопроєкту

в першому читанні; 5) прийняття закону (законопроєкту) Верховною Радою України в другому читанні; 5[1]) опрацювання запропонованих поправок після прийняття законопроєкту в другому читанні; 6) прийняття закону Верховною Радою України в третьому читанні; 7) підписання закону Президентом України; 8) оприлюднення закону України про кримінальну відповідальність. Враховуючи виокремлені етапи створення національного кримінального законодавства, слід визначити такі стадії законотворчого процесу: 1) початкова (етапи 1 і 2); 2) робоча (етапи 3–6); 3) заключна (етапи 7 та 8). Запропоновано в обов'язковому порядку проводити кримінологічну експертизу законопроєктів кримінально-правового спрямування. Крім того, обґрунтовано, що до обговорення зазначених законопроєктів необхідно залучати профільних науковців, практичних працівників, діяльність яких пов'язана з правозастосуванням, представників громадськості.

Ключові слова: закон, міжнародний договір, законопроєкт, кримінальне законодавство, імплементація, ратифікація, укладання, підписання, приєднання, затвердження, кримінальна відповідальність.

Viktoriia BABANINA,

FEATURES OF CREATING NATIONAL CRIMINAL LEGISLATION

Summary. Analyzes the features of the creation of national criminal legislation. It is argued that the legal essence of the act of ratification of international treaties is as follows: it is a final transformational act that gives the treaty the force of law and redirects the obligations for its implementation to the subjects of domestic criminal law. It is substantiated that the process of creating the Constitution of Ukraine, the Criminal Code of Ukraine and laws, despite the presence of certain features, has many common features. In particular, it concerns the activities of the same subject of lawmaking — the Verkhovna Rada of Ukraine, goes through similar stages, consists in making a final decision according to a similar procedure. Only the mechanism of ratification of international treaties differs significantly in this context. The mechanism of creating national criminal legislation, in our opinion, should be divided into two areas: 1) the mechanism of concluding or ratifying international treaties; 2) the study of the mechanism of creating the Constitution of Ukraine, the Criminal Code of Ukraine and the laws that amend it. Given the procedure we have proposed for creating a law on criminal liability, as well as the existing regulated procedure for its adoption, the legislative

process for creating national criminal legislation has the following stages: 1) discussion of the need to regulate certain social relations by a law on criminal liability; 2) formation of the content of the law on criminal liability; 3) public discussion of a draft law of a criminal law nature; 4) adoption of the law (draft law) by the Verkhovna Rada of Ukraine in the first reading; 4-1) processing of the proposed amendments after adoption of the draft law in the first reading; 5) adoption of the law (draft law) by the Verkhovna Rada of Ukraine in the second reading; 5^{1}) processing of the proposed amendments after adoption of the draft law in the second reading; 6) adoption of the law by the Verkhovna Rada of Ukraine in the third reading; 7) signing of the law by the President of Ukraine; 8) promulgation of the law of Ukraine on criminal liability. Taking into account the identified stages of the creation of criminal legislation of Ukraine, the following stages of the law-making process should be determined: 1) initial (stages 1 and 2); 2) working (stages 3–6); 3) final (stages 7 and 8). It is proposed to conduct a criminological examination of draft laws of a criminal law direction on a mandatory basis. In addition, it is substantiated that it is necessary to involve specialized scientists, practitioners whose activities are related to law enforcement, and representatives of the public in the discussion of these draft laws.

Key words: law, international treaty, draft law, criminal legislation, implementation, ratification, conclusion, signing, accession, approval, criminal liability.

Проблеми в процесі створення кримінального законодавства спричинені як фрагментарністю, так і суперечностями законодавства останніх років, неузгодженістю законодавчих новел із суспільними потребами, поглибленням розриву між законодавчими актами та економічними, організаційними, технічними можливостями їх реалізації, що призводить до виникнення конкуренції норм, колізій чи прогалин у кримінальному законодавстві [1, с. 19–20].

Низький рівень юридичної техніки створення кримінального законодавства негативно позначається на правозастосуванні, зокрема як у слідчій, так і в судовій практиці, що спричиняє зневажливе ставлення до законодавства з боку суб'єктів правовідносин, унаслідок чого знижується рівень законності й правопорядку в країні. З огляду на це постає необхідність прийняття нових чи внесення змін до вже наявних законів про кримінальну відповідальність. Кількісні показники прийняття законів про внесення змін до Кримінального кодексу (далі — КК) України

й тих, що набрали чинності протягом останніх років, засвідчують різну динаміку їх збільшення. Загальна кількість запроваджених законодавчих змін нині становить кілька сотень[241].

Така тенденція обумовлена, зокрема, недосконалим рівнем законотворчого процесу. З метою вдосконалення кримінального законодавства та розроблення належної процедури нормативного регулювання законодавчих новацій нагальним є здійсненням аналізу особливостей створення національного кримінального законодавства[242].

Аналіз процедури створення кримінального законодавства доцільно розділити на два напрями дослідження: 1) створення міжнародних договорів; 2) створення КК України й законів, які вносять зміни до нього[243].

Створення міжнародних договорів. Вивчення процедури створення міжнародних договорів слід розпочати з аналізу процедури імплементації норм міжнародного кримінального права в законодавство конкретної держави, оскільки потребує уваги визначення способів її реалізації. Розвиток національного кримінального законодавства безпосередньо пов'язаний з розвитком міжнародного кримінального законодавства. За своєю сутністю міжнародні норми (згоду на обов'язковість яких не надала Верховна Рада (далі — ВР) України) функціонують паралельно з українським законодавством у національній правовій системі. Їх слід застосовувати на підставі конкретного договору з установленими в ньому часовими, просторовими й суб'єктивними межами дії в контексті значення термінів, які в них використано, у розрізі завдань і принципів міжнародного права, однак з позицій встановлених орієнтирів внутрішнього права[244].

Відповідність внутрішньодержавного кримінального законодавства міжнародному забезпечує гармонізацію першого шляхом імплементації найприйнятніших норм з міжнародними стандартами, з огляду на специфіку правової сім'ї та соціальних реалій у країні[245].

У контексті дослідження процедури створення національного кримінального законодавства визначальним є процедура імплементації

---

[241] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2021. С. 20

[242] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 20.

[243] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 208–209.

[244] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 201–202.

[245] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 202.

міжнародно-правових норм, що має два рівні — міжнародний і національний, на яких суб'єкти міжнародного права використовують правові й інституційні засоби.

Міжнародний рівень процедури імплементації міжнародно-правових норм становить систему регіональних, а також локальних міжнародних організацій та спеціалізованих установ і їх допоміжних органів, які на підставі міжнародних угод для реалізації чинних норм міжнародного права допомагають об'єднати зусилля держав і міжнародних організацій. Реалізацію та дотримання міжнародних договорів в Україні на правовому рівні забезпечують Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 року (набрала чинності для України 13.06.1986), Закон України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 № 1906-IV й інші нормативні акти[246].

Національний рівень процедури імплементації міжнародно-правових норм реалізує більшість чинних міжнародних положень, які є джерелом національного законодавства, зокрема й кримінального. Закони про кримінальну відповідальність мають відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надала ВРУ[247]. Від способу, яким саме здійснює імплементацію міжнародно-правових норм Україна в національне законодавство, залежить ефективність гармонізації його з міжнародними стандартами. Згода на обов'язковість виконання міжнародного договору Україна може надавати шляхом ратифікації, підписання, прийняття, затвердження договору, приєднання до нього, а також іншим шляхом, про який домовилися сторони[248]. Вибір процедури інкорпорації міжнародно-правових договорів у національну правову систему — це конституційне право держави, причому він є вільним (без опосередкованого впливу іноземних держав). Щоб зберегти належну міжнародну атмосферу, сприятливу для підтримання повноцінного політичного й економічного співробітництва, світова спільнота вимагає, щоб міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надають країни світу, мали імперативний характер і їх застосовували на державному рівні в різних інстанціях. Такі вимоги зафіксовано в міжнародних договорах (які переважно регулюють питання про виконання іноземного судового рішення, екстрадицію, колізії

247

[246] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 202–203.

248

[247] Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001. № 2341-III. URL: https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text

[248] Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118

права, виконання окремого процесуального доручення), зокрема договір РЄ про правову допомогу й уніфікацію кримінального законодавства, а дотримання єдиних правил загального порядку може бути зведено до мінімуму в допустимій дискреції[249].

Ратифікація міжнародних договорів (від лат. *ratum facere* — юридично дійсний, той, що має законну силу; *ratum habere (ducere, facere*) — затвердити, схвалити) — затвердження ВРУ цих договорів відповідно до конституційної процедури. Ратифікація міжнародних договорів може бути однією з умов внутрішньої та зовнішньої політики для наближення до відповідних міжнародних центрів політичного й економічного тяжіння. Техніка ратифікації міжнародних договорів як складова створення національного кримінального законодавства — це сукупність принципів, правил, методів, засобів і прийомів імплементації текстів міжнародного права в закон про кримінальну відповідальність України. Для ратифікації міжнародних договорів України в національне кримінальне законодавство необхідно дотримуватися таких принципів: загальної правотворчості, системності права, точності й відповідності юридичної форми встановленим правовідносинам [1, с. 204].

До принципів загальної правотворчості під час ратифікації міжнародних договорів до національного кримінального законодавства належать такі: 1) адекватність правового впливу та його відповідність державній політиці, правовій сім'ї, соціальним реаліям в Україні; 2) відсутність або допустимість побічних ефектів; 3) повнота, конкретність і ненадлишковість регулювання; 4) своєчасність набрання правовим актом чинності; 5) реалізація правового регулювання[250].

З-поміж принципів системності права під час ратифікації міжнародних договорів до національного кримінального законодавства слід виокремити такі: 1) дотримання прийнятого структурування права та взаємовідношення правових актів за їхньою юридичною силою; 2) відповідність за завданнями й несуперечливість змісту ратифікованого міжнародного договору чинним нормативно-правовим актам; 3) наявність пов'язаних із ратифікованим міжнародним договором змін до чинного законодавства[251].

---

[249] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 203–204.

[250] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 204

[251] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 205.

Також під час ратифікації міжнародних договорів до національного кримінального законодавства використовують принципи точності й відповідності юридичної форми чинному кримінальному законодавству України, зокрема: 1) адекватність вираження мовними засобами змісту нормативно-правового акта; 2) забезпечення точності розуміння положень ратифікованого міжнародного договору всіма суб'єктами правовідносин; 3) правильність оформлення акта як офіційного юридичного документа[252].

Крім зазначених принципів, під час ратифікації міжнародних договорів як складової процедури створення національного кримінального законодавства значення мають й інші спеціальні принципи, які окреслюють орієнтири для законотворчості. Цінності й ефективності міжнародного права досягають у процесі реалізації поставлених завдань (мети) за наявними реальними результатами (ураховуючи правозастосування відповідних суб'єктів права), під час застосування ратифікованих ВРУ положень міжнародних договорів. Держава має не тільки сприяти досягненню такої мети шляхом забезпечення відповідності норм чинного законодавства міжнародним договорам, які ратифіковані ВРУ, що з позицій міжнародного права є таким, що цілком відповідає його загальновизнаним принципам і нормам, проте обов'язково лише тих держав, з якими укладено ці договори[253].

Відповідно до ч. 3 ст. 9 Закону «Про міжнародні договори України», пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України подає Міністерство закордонних справ України протягом шести місяців з дня його підписання: а) стосовно міжнародних договорів, що укладають від імені України, — Президентові України; б) стосовно міжнародних договорів, що укладають від імені Уряду України, — КМУ. Підготовку пропозицій щодо ратифікації міжнародних договорів України здійснює міністерство, інший центральний орган виконавчої влади, державний колегіальний орган, який ініціював процес укладення відповідного міжнародного договору України, або визначений відповідальним за його укладення Президентом України чи КМУ, відповідальним за укладення міжнародного договору України. Пропозиції про ратифікацію або затвердження міжнародного договору мають відображати основний зміст договору, висвітлюючи його вплив на правову систему держави.

[252] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 205.

[253] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. Там само. С. 223–224.

Зазначені пропозиції подають протягом двох місяців з дня підписання договору Міністерству закордонних справ України, а останнє подає зазначені пропозиції відповідно Президентові України або КМУ[254].

Відповідно до ч. 6 ст. 9 Закону «Про міжнародні договори в Україні», розглядають пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України Президент України або КМУ, які приймають рішення про внесення на розгляд ВРУ в порядку законодавчої ініціативи проєкту закону про ратифікацію міжнародного договору України. Зазначені державні органи на вимогу ВРУ або її комітетів і в строки, визначені ними, надають додаткову інформацію, що стосується проєкту закону про ратифікацію міжнародного договору України [14]. Строки між підписанням і ратифікацією достатні, щоб змінити позиції уряду (виконавчої влади) й виправити помилки (неточності, колізії) [1, с. 224–225].

Крім того, ВР України розглядає внесений Президентом України або КМ України проєкт закону про ратифікацію міжнародного договору України та приймає відповідне рішення. У випадку якщо на ратифікацію подають міжнародний договір, виконання якого потребує внесення змін до чинних законів України, проєкти таких законів подають на розгляд ВР України разом із проєктом закону про ратифікацію і приймають одночасно. Крім того, у процесі ратифікації міжнародного договору можуть бути зроблені заяви та сформульовані застереження щодо його положень відповідно до норм міжнародного права[255].

Фактично юридичні наслідки ратифікації зводяться до того, що з ратифікацією договору держава бере на себе зобов'язання, які вона повинна виконувати, й одночасно отримує можливість користуватися правами та вигодами, що передбачені договором, і вимагати виконання інших зобов'язань, що випливають з міжнародного договору. Ратифікація є найважливішим механізмом затвердження міжнародного договору у внутрішньодержавному праві, надаючи міжнародному договору юридичної сили[256].

Тому ратифікацію міжнародних договорів, які стосуються забезпечення охорони суспільних відносин від кримінально протиправних

---

[254] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. Там само. С. 224 ; Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004. № 1906-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15

254

[255] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 225 ; Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004 № 1906-IV. *Там само.*

[256] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само*. С. 225.

посягань або регулювання суспільних відносин, що виникають у зв'язку з учиненням кримінального правопорушення, можна розглядати як передбачений законом цілеспрямований процес формування кримінального законодавства[257]

Процедура ратифікації міжнародних договорів безпосередньо залежить від виду міжнародного договору, кола його учасників, рівня та специфіки процесу. Основні положення порядку й особливостей ратифікації міжнародних договорів визначає Закон від 29.06.2004 № 1906-IV «Про міжнародні договори України»[258]. З огляду на сферу можливого правового регулювання міжнародних договорів, яка визначена в ч. 2–4 ст. 3 цього Закону, до сучасної системи кримінального законодавства можуть бути віднесені не всі міжнародні договори, а тільки договори, які стосуються окремих аспектів реалізації кримінального законодавства, утім самі по собі вони можуть і не бути частиною його системи, оскільки не створюють і не містять власне кримінально-правових норм, будучи лише допоміжними елементами в питаннях організації реалізації кримінального законодавства. Міжнародний договір хоча й містить певні аспекти, дотичні до протидії злочинності та реалізації кримінального законодавства, проте самостійно не встановлює кримінально-правових норм і не регулює кримінально-правові відносини, а отже, його не можна вважати частиною кримінального законодавства. Зумовлено це тим, що питання створення та дії кримінального законодавства, а так само питання кримінально-правового регулювання та охорони суспільних відносин не належать до сфери відання КМУ або сфери відання міністерств, інших центральних органів виконавчої влади та державних колегіальних органів. Для прикладу Угода про співробітництво між Генеральною прокуратурою України та Федеральною прокуратурою Королівства Бельгії у боротьбі з кіберзлочинністю, організованою злочинністю, корупцією і тероризмом від 15 жовтня 2015 року [23] визначає тільки можливість та окремі питання співробітництва між Генеральною прокуратурою України та Федеральною прокуратурою Королівства Бельгії, що здійснюють шляхом обміну інформацією і документами стосовно кримінальних правопорушень, пов'язаних із кіберзлочинністю, організованою злочинністю, корупцією і тероризмом та причетних до них осіб. Утім цей міжнародний договір хоча й містить

[257] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 225.

[258] Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004. № 1906-IV. *Там само.*

деякі аспекти, які є дотичними до протидії злочинності та організації реалізації кримінального законодавства, проте самостійно не встановлює кримінально-правових норм і не регулює кримінально-правових відносин, а отже, його не можна вважати частиною кримінального законодавства[259].

Обґрунтованим видається висновок, що до сучасної системи кримінального законодавства належать тільки міжнародні договори, стороною (суб'єктом) укладення яких є держава Україна. Обов'язковість цієї ознаки засвідчує також О. М. Броневицька, зазначаючи, що оскільки міжнародні договори кримінально-правового спрямування потребують внесення змін до кримінального законодавства, що є виключною прерогативою законодавчого органу України, то такі договори повинні мати статус не нижче від міждержавних, їх укладають відповідно від імені України.

Саме це, на наш погляд, є визначальним у контексті дослідження процедури створення кримінального законодавства, адже це, по-перше, вказує на коло можливих договорів, які належать до сучасної системи кримінального законодавства, а по-друге, окреслюють особливості створення таких договорів, а отже, й особливості процедури створення кримінального законодавства[260].

У контексті дослідження процедури створення кримінального законодавства визначальним є коло можливих договорів, які належать до сучасної системи кримінального законодавства, й особливості їх ратифікації Україною. У міжнародно-правовій доктрині виокремлюють низку критеріїв класифікації міжнародно-правових договорів. Зокрема, їх можна поділяти за: 1) сферою суспільних відносин — угоди з політичних питань, питань науки й культури, правових, економічних, адміністративно-правових питань тощо; 2) кількістю суб'єктів — багатосторонні, двосторонні; 3) формою укладання — письмові; 4) можливістю приєднання до договору — відкриті, напіввідкриті, закриті; 5) назвою — пакт, договір, угода, конвенція, статут, тимчасова угода, обмін нотами, протокол, регламент[261]. Також міжнародно-правові договори можна класифікувати за критеріями: офіційності (офіційні та неофіційні); характеру дії (прямої та непрямої (потребують національного

[259] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само*. С. 226–227.

[260] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 227.

[261] Міжнародне право : мультимедійн. посіб. / Н. В. Камінська, Б. В. Калиновський, К. В. Тарасенко та ін. URL: https://arm.naiau.kiev.ua/books/mg/autors.html

261

нормативного регулювання) дії); змісту акта (загальні, конкретні)[262]. Цей перелік не є вичерпним, а критерії класифікації міжнародно-правових договорів, як і визначення видів міжнародно-правових договорів за певними критеріями, може бути доповнено й розширено[263].

Слід акцентувати увагу на науковому дослідженні О. М. Броневицької, присвяченому питанням класифікації міжнародних договорів кримінально-правового спрямування. Такі договори запропоновано класифікувати за: 1) обсягом правового регулювання (міжнародні договори, які цілком присвячені співробітництву у сфері протидії кримінальним правопорушенням, і міжнародні договори, що спрямовані на регулювання інших суспільних відносин і лише частково регламентують таке співробітництво); 2) предметом правового регулювання (договори, які містять зобов'язання у сфері матеріального кримінального права, і договори, що регламентують порядок процесуальних відносин між правоохоронними органами); 3) кількістю учасників (багатосторонні та двосторонні договори); 4) колом питань, які регулюють міжнародні договори (які присвячені вдосконаленню положень Загальної частини вітчизняного кримінального закону або що стосуються вдосконалення положень Особливої частини вітчизняного кримінального закону); 5) елементами складу кримінального правопорушення (міжнародні договори, які зобов'язують захистити певні суспільні відносини (предмет, потерпілого), міжнародні договори, які зобов'язують поставити під охорону кримінального закону елементи, що стосуються об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення; міжнародні договори, що визначають ознаки суб'єкта та суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення); 6) визначенням виду й розміру покарання (договори, які визначають та які не визначають вид і розмір покарання за певну кримінально протиправну поведінку); 7) видом норми матеріального кримінального права, що міститься в міжнародних договорах (норми, що стосуються кримінальної протиправності й караності діянь; норми, що визначають кримінально-правову юрисдикцію держав-учасниць щодо певних кримінальних правопорушень)[264].

---

[262] Величко Д. М. Класифікація джерел міжнародно-правового регулювання праці. Форум права. 2008. № 1. С. 62–63.

[263] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 227–228.

[264] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само*. С. 228 ; Броневицька О. М. Поняття і види міжнародних договорів кримінально-правового характеру. Там само. С. 206–209.

Загалом поділяючи думку автора стосовно критеріїв і власне класифікації міжнародних договорів кримінально-правового спрямування, не погоджуємося з О. М. Броневицькою лише стосовно її висновку про неможливість визнання міжнародних договорів складовою кримінального законодавства[265]. Аргументуємо свою позицію, по-перше, тим, що кримінальне законодавство не обмежується виключно визначенням кримінальної протиправності та караності діяння (визнанням певного діяння кримінальним правопорушенням і встановленням відповідного виду й розміру покарання за його вчинення), адже охоплює й інші питання регулювання суспільних відносин, які можуть бути і предметом правового регулювання міжнародних договорів. До них, зокрема, можуть належати питання чинності кримінального закону в часі та просторі, застосування кримінального покарання і звільнення від його відбування, питання звільнення від кримінальної відповідальності та виключення кримінальної протиправності діяння тощо[266].

По-друге, визначальним, на наш погляд, є саме факт надання ВРУ згоди на обов'язковість міжнародного договору. Натомість факт внесення змін до КК у зв'язку з ратифікацією міжнародного договору хоча і є важливим аспектом гармонізації кримінального законодавства, проте його можна визнавати обов'язковим тільки в контексті встановлення кримінальної протиправності та караності діяння, а щодо забезпечення законодавчого регулювання інших кримінально-правових відносин він може не мати визначального й обов'язкового значення. Норми міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, у контексті регулювання інших кримінально-правових відносин (крім визначення кримінальної протиправності та караності діяння) теоретично могли б бути застосовані й без прямого внесення змін до тексту КК, передусім якщо це стосується пом'якшення становища особи, до якої застосовують положення кримінального законодавства[267].

На підтвердження цієї тези можна, зокрема, навести положення ч. 1 ст. 7 КК, яке визначає, що громадяни України й особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили кримінальні

---

[265] Броневицька О. М. Поняття і види міжнародних договорів кримінально-правового характеру. *Там само*. С. 205.

[266] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 229.

[267] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 229.

правопорушення за її межами, підлягають кримінальній відповідальності за КК України, якщо інше не передбачено міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ. З буквального значення цього положення випливає, що достатньою підставою застосовувати КК до громадян України й осіб без громадянства, які постійно проживають на території України та які вчинили кримінальне правопорушення за її межами, є саме наявність міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана ВРУ. Факт імплементації конкретних положень міжнародного договору до тексту КК не впливає на визначення меж дії КК в цьому випадку[268].

Відповідно до ч. 5 ст. 3 КК, закон України про кримінальну відповідальність повинен відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана ВРУ. Крім іншого, це означає, що ВРУ, надаючи згоду на обов'язковість міжнародного договору, зобов'язана також забезпечити узгодження (у випадку, коли постає така необхідність) наявних норм кримінального законодавства із цими міжнародними договорами. Однак, на наш погляд, можуть виникати ситуації, коли ВРУ, надаючи згоду на обов'язковість міжнародного договору, одночасно не імплементує положення відповідних міжнародних договорів до тексту КК. За таких умов по суті відбувається розірвання в часі надання згоди на обов'язковість міжнародного договору й узгодження тексту КК з нормами міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких уже надано[269].

Зокрема, Конвенція ООН проти корупції, яка встановлювала обов'язок учасників розглянути можливість криміналізації незаконного збагачення та зловживання впливом (ст. 18, 20)[270], а так само Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією, яка зобов'язувала учасників встановити кримінальну відповідальність за зловживання впливом (ст. 12)[271], були ратифіковані Україною 18.10.2006[272], набрали чинності

270 [268] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 229–230.

271 [269] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 230.

[270] Конвенція ООН проти корупції від 31.10.2003. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16

272 [271] Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) від 27.01.1999. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_101

[272] Про ратифікацію Конвенції ООН проти корупції : Закон України від 18.10.2006 № 251-V. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/251-16

для України 01.01.2010[273] та 01.03.2010[274] відповідно, а зміни до КК, якими встановлена кримінальна відповідальність за зловживання впливом і незаконне збагачення, внесені Законом **«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від** 11.06.2009 № 1508-VI[275], який спочатку мав набрати чинності 01.01.2010, однак був відтермінований[276], набрав чинності 01.01.2011, а згодам взагалі втратив чинність[277], після чого кримінальну відповідальність за зловживання впливом і незаконне збагачення впродовж певного часу взагалі не було передбачено в КК[278].

У зв'язку із цим постає запитання: як визначати дію кримінального законодавства, зокрема й міжнародних договорів, у випадках, коли, з одного боку, ВРУ надала згоду на обов'язковість міжнародного договору, а з іншого, хоча й зобов'язана узгодити норми КК з таким договором, проте не зробила цього. На наше переконання, визначення дії міжнародних договорів за цих умов має залежати від змісту їхніх положень. В одному випадку (як це було проілюстровано вище), коли положення міжнародних договорів стосується встановлення кримінальної протиправності діяння, його караності, застосування до особи більш суворого виду чи розміру кримінального покарання, попри надання згоди про обов'язковість міжнародного договору, дія його можлива тільки після внесення відповідних змін до тексту КК. В іншому

[273] Конвенція ООН проти корупції від 31.10.2003. *Там само.*

[274] Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18.10.2006. № 252-V. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/252-16

[275] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон України від 11.06.2009. № 1508-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-17

[276] Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18.10.2006. *Там само.*

[277] Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції : Закон України від 21.12.2010. № 2808-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2808-17

[278] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 230–231 ; Cherniei V., Cherniavskyi S., Babanina V., Ivashchenko V. Criminal remedies and institutional mechanisms for combating corruption crimes : the experience of Ukraine and international approaches. *Juridical Tribune.* 2022. Vol. 12. Num. 2. P. 227–245 ; Cherniei V., Cherniavskyi S., Babanina V., Tykhonova O. Criminal Liability for Cryptocurrency Transactions : Global Experience. *European Journal of Sustainable Development.* 2021. № 10 (4). P. 304–316 ; Movchan R., Dudorov O., Kamensky D., Vozniuk A., Babanina V. Criminal liability for illegal mining : analysis of legislative novelties. *Scientific Bulletin of National Mining University.* 2022. Vol. 37. Iss. 5. P. 116–121.

274

275

277

випадку, якщо положення міжнародних договорів щодо обмеження застосування певного виду чи розміру кримінального покарання, чинності кримінального закону, питань звільнення від кримінальної відповідальності, виключення кримінальної протиправності діяння, то дія таких договорів має розпочинатися з моменту набрання чинності законом України про надання згоди на їх обов'язковість, незалежно від того, чи внесено відповідні зміни та чи імплементовано ці положення до тексту КК[279].

Як приклад такої дії міжнародного договору можна навести підписання та ратифікацію Україною П**ротоколу № 6 до** ЄКПЛ, який стосується скасування смертної кари. Цей протокол був підписаний Україною 05.05.1997[280], згоду на його обов'язковість надала ВРУ 22.02.2000[281], одночасно було внесено зміни до КК[282]. Утім, якщо змоделювати гіпотетичну ситуацію, за якої ВРУ **надала б згоду на обов'язковість цього міжнародного договору, а отже, й на обов'язковість скасування смертної кари, однак не внесла б відповідні зміни до КК, а КСУ не прийняв перед цим рішення про неконституційність відповідних положень КК**[283], на наш погляд, це виключало б можливість застосування до засуджених осіб покарання у вигляді смертної кари й дало б змогу застосовувати безпосередньо положення П**ротоколу № 6 до** ЄКПЛ, попри те, що до тексту КК не було б внесено відповідні зміни[284].

---

[279] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само*. С. 231.

280 [280] Протокол № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_802

281 [281] Про ратифікацію Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари : Закон України від 22.02.2000. № 1484-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1484-14

282 [282] Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудового кодексів України : Закон України від 22.02.2000. № 1483-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1483-14/ed20000222

283 [283] Рішення Конституційного Суду України № 11-рп/99 від 29 грудня 1999 року у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 24, 58, 59, 60, 93, 190[1] КК України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-99

[284] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 231–232.

Із цього випливає, що в окремих випадках міжнародні договори, які ратифіковані ВРУ, самостійно (без внесення відповідних змін до КК) можуть бути складовими кримінального законодавства. Крім того, до кримінального законодавства слід відносити як непрямі, так і прямі міжнародні договори[285].

Цікавим аспектом є те, що в ч. 5 ст. 3 КК зазначено про надання згоди ВР на обов'язковість таких договорів, у ч. 1 цієї статті — про ґрунтовність законодавства України про кримінальну відповідальність на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права, натомість про їхню обов'язковість для України не йдеться. На підставі цього постає питання: чи справді кримінальне законодавство ґрунтується на тих міжнародних договорах, згоди ВР на обов'язковість яких не було, а обов'язковим є критерій загальновизнаності принципів? Видається доцільним доповнити зміст норми ч. 1 ст. 3, виклавши її в такій редакції: «Законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права, та чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана ВРУ», а ч. 5 ст. 3 КК виключити[286].

Процедура укладення або ратифікації міжнародних договорів регламентована як положеннями **Віденської конвенції про право міжнародних договорів в**ід 23.05.1969, так і положеннями Закону «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 № 1906-IV[287].

На підставі результатів аналізу зазначених нормативних положень можна дійти висновку, що пропозиції про ратифікацію таких договорів, згідно з положеннями ч. 3 ст. 4 **Закону України «Про міжнародні договори України» від** 29.06.2004 № 1906-IV, подаються після проведення Міністерством юстиції України правової експертизи щодо відповідності проєкту міжнародного договору Конституції та законам України[288].

Водночас на підставі аналізу цих нормативних положень доходимо висновку, що першочерговим для укладення міжнародних договорів є

---

[285] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 232.

[286] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 232–233.

[287] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 233.

[288] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 233.

надання пропозицій про їх укладення, що, зокрема, визначено ст. 4 **Закону «Про міжнародні договори України»**[289]. Пропозиція про укладення міжнародних договорів як елемента кримінального законодавства подається Міністерством закордонних справ України до Президента України та має містити такі документи: подання Президентові України; пояснювальну записку, у якій обґрунтовують доцільність укладення міжнародного договору, визначають вірогідні політичні, правові, соціально-економічні, фінансові, гуманітарні й інші наслідки його укладення, а також суб'єкти виконання міжнародного договору; проєкт міжнародного договору українською мовою; текст міжнародного договору українською мовою в офіційному перекладі та мовою оригіналу в разі подання пропозиції щодо його ратифікації, затвердження, прийняття або приєднання до нього; довідку про погодження проєкту міжнародного договору зацікавленими міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади та державними колегіальними органами; проєкт рішення про утворення делегації чи доручення представникові України щодо підготовки тексту міжнародного договору, його прийняття, встановлення його автентичності, а також проєкт директив делегації чи представникові України; електронні версії текстів зазначених документів.

У випадках внесення пропозицій щодо укладення міжнародного договору України, який встановлює інші правила, ніж ті, що містяться в актах законодавства України, до них додають у формі порівняльних таблиць пропозиції щодо внесення змін до відповідних актів законодавства України або пропозиції щодо прийняття нових актів законодавства України[290]. Водночас власне підготовку пропозицій здійснюють міністерство, інший центральний орган виконавчої влади або державний колегіальний орган, який ініціював процес укладення відповідного міжнародного договору України, або орган визначений відповідальним за його укладення Президентом України[291].

Після цього Президент України приймає рішення про проведення переговорів і підписання міжнародних договорів України, які приймають:

---

[289] Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004. № 1906-IV. *Там само.*

[290] Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004. № 1906-IV. *Там само*.

[291] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 234 ; Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004. *Там само.*

щодо міжнародних договорів, які укладають від імені України, — Президент України; щодо міжнародних договорів, які укладають від імені Уряду України, — КМУ; щодо міжвідомчих договорів — у порядку, встановленому КМУ. У цьому рішенні також: визначають міністерства, інші центральні органи виконавчої влади та державні колегіальні органи, які необхідно залучити до укладення міжнародного договору України та на які може бути покладено забезпечення виконання договірних зобов'язань; затверджують персональний склад делегації чи представник України, яким доручають ведення переговорів щодо підготовки тексту міжнародного договору, його прийняття, встановлення його автентичності або підписання, а також відповідні директиви делегації чи представникові України[292].

Практика укладення Україною міжнародних договорів, передусім — багатосторонніх міжнародних договорів, які створені на базі певних міжнародних інституцій (організацій), засвідчує, що особами, уповноваженими на укладення таких міжнародних договорів, здебільшого визначають голів дипломатичних представництв України при відповідних міжнародних організаціях або голів дипломатичних представництв України в країні перебування відповідної міжнародної організації або в країні, у якій відбувається підписання такого міжнародного договору. Утім ця практика є не єдиною та може залежати від рівня міжнародного співробітництва й рівня укладення міжнародного договору. Із цією метою Президент України може надавати повноваження на ведення переговорів і підписання міжнародних договорів іншим особам[293].

Водночас ведення переговорів щодо підготовки тексту міжнародного договору, його прийняття, встановлення автентичності або підписання міжнародного договору здійснюють лише уповноважені на це особи. Президент України, Прем'єр-міністр України і Міністр закордонних справ України мають право вести переговори й підписувати міжнародні договори України без спеціальних повноважень. Крім того, глава дипломатичного представництва України в іноземній державі або глава представництва України при міжнародній організації має право вести без спеціальних повноважень переговори про укладення міжнародного

[292] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 234 ; Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004. № 1906-IV. *Там само.*

[293] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 235.

договору, підготовку тексту міжнародного договору та його прийняття з державою акредитації або в межах відповідної міжнародної організації. Делегація чи представники, уповноважені на проведення переговорів чи підписання міжнародного договору зобов'язані вести такі переговори та здійснювати інші дії виключно у відповідності з наданих їм повноважень і директив. Після цього делегація чи представник подають Президентові України звіт про виконання директив. Звіт повинен містити погоджені з Міністерством закордонних справ України висновки та пропозиції щодо подальших дій у зв'язку з укладенням міжнародного договору[294].

Після зазначених процедур відбувається безпосереднє надання згоди Україною на обов'язковість для неї міжнародного договору, що може здійснюватися шляхом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору. Крім того, згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може бути надана й іншим шляхом, про який домовилися сторони [1, с. 236; 14].

Відповідно до ч. 2 ст. 9 Закону України **«Про міжнародні договори України»**[295], міжнародні договори, які є джерелами кримінального законодавства, підлягають обов'язковій ратифікації, що здійснюють шляхом прийняття закону про ратифікацію, невід'ємною частиною якого є текст міжнародного договору. На підставі підписаного й офіційно оприлюдненого Президентом України закону Голова ВРУ підписує ратифікаційну грамоту, яку засвідчує підписом Міністр закордонних справ України, якщо договір передбачає обмін такими грамотами. Пропозиції про ратифікацію міжнародного договору подає Міністерство закордонних справ України Президентові України, який розглядає пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України та приймає рішення про внесення на розгляд ВРУ в порядку законодавчої ініціативи проєкту закону про ратифікацію міжнародного договору України[296].

У випадках ратифікації міжнародних договорів, що є складовими кримінального законодавства і виконання яких потребує внесення змін до КК або інших законів України, проєкти таких законів

---

[294] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 235 ; Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004. № 1906-IV. Там само.

[295] Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004. № 1906-IV. *Там само.*

[296] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 236.

подають на розгляд ВР разом з проєктом закону про ратифікацію і приймають одночасно. Таку саму процедуру застосовують й у випадках приєднання України до чинних міжнародних договорів, які є джерелами кримінального законодавства. Також після ратифікації Україною міжнародного договору, якщо інше не передбачене сторонами, Міністерство закордонних справ України здійснює обмін ратифікаційними грамотами та передачу грамот про ратифікацію на зберігання до депозитарію[297].

Під час підписання, ратифікації, затвердження, прийняття міжнародного договору Україною можуть бути зроблені заяви та сформульовані застереження до положень міжнародного договору відповідно до норм міжнародного права. Так, Законом «Про ратифікацію Конвенції про кіберзлочинність» від 07.09.2005 № 2824-IV Україна зробила застереження щодо залишення за собою права не застосовувати певні пункти цієї Конвенції, зокрема щодо встановлення кримінальної відповідальності за виготовлення, придбання для використання, надання для використання іншим чином пристроїв, зокрема комп'ютерних програм, створених або адаптованих, передусім, з метою вчинення будь-якого зі кримінальних правопорушень, перелічених у ст. 2–5 Конвенції, а також комп'ютерних паролів, кодів доступу або схожих даних, за допомогою яких можна здобути доступ до всієї або частини комп'ютерної системи[298].

Після таких процедур відбувається безпосереднє надання згоди Україною на обов'язковість для неї міжнародного договору, що можна здійснювати шляхом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору. Крім того, згоду на обов'язковість міжнародного договору Україна може надавати й іншим шляхом, про який домовилися сторони[299].

Міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору в порядку та

[297] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 236–237.

[298] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 237 ; Конвенція про кіберзлочинність від 23.11.2003. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575 ; Конституція України : Основний Закон від 28.06.1996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#n4572

[299] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 237.

298[1]

298[2]

в строки, передбачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб[300].

Створення КК й законів, які вносять зміни до нього. Регулювання суспільних відносин у державі здійснюють шляхом встановлення загальнообов'язкових правил поведінки, які передбачені в нормативно-правових актах. Нормотворчий (законотворчий) процес, на нашу думку, посідає особливе місце в забезпеченні життєдіяльності суспільства та держави загалом. Точність, логічність, узгодженість законодавства держави позначаються на ефективності регулювання відповідних суспільних відносин. Однак, щоб досягти зазначеного результату, у державі повинен бути унормований, законний та прозорий нормотворчий (законодавчий) процес, тобто до процесу створення нормативно-правових актів (за винятком тих, що містять інформацію з обмеженим доступом чи державну таємницю) слід залучати громадськість, науковців і практичних працівників. Крім того, необхідно передбачити проведення відповідних експертиз (залежно від спрямованості документа) нормативно-правових актів. Не є винятком і процес створення національного кримінального законодавства[301].

Створення підзаконних нормативно-правових актів виходить за межі предмета нашого дослідження, тому окреслене питання висвітлювати недоречно. Це не позначиться на результаті, оскільки кримінальне законодавство України охоплює виключно нормативно-правові акти, що мають вищу юридичну силу — законів, тобто досліджувати ми будемо лише процес створення законів [1, с. 238].

Сучасний законодавчий процес України не є досконалим, що засвідчують наявні недоліки (прогалини, колізії, конкуренції) у чинному кримінальному законодавстві. Своєю чергою недосконаліть законодавчого процесу негативно позначається на ефективності правозастосування [1, с. 238].

Нині законодавчий процес в Україні регламентований Конституцією України та Регламентом ВР України, затвердженим **Законом України від 10 лютого 2010 року № 1861-VI**. Проте навіть зазначені нормативно-правові акти цілком не регламентують законотворчу процедуру, натомість врегульовано лише законодавчу процедуру, тобто безпосереднє прийняття закону. Саме тому актуальним є вдосконалення

[300] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 237 ; Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004. № 1906-IV. *Там само.*

[301] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 237.

законотворчої процедури, яка передбачає цілісний процес утворення змісту закону, його обговорення, прийняття, підписання, оприлюднення тощо[302].

Створення закону про кримінальну відповідальність починається з виникнення необхідності врегулювати певні суспільні відносини. Таким чином, кримінальний закон повинен бути соціально обумовлений, тобто необхідність його створення та впровадження засвідчена об'єктивними обставинами, а не суб'єктивним ставленням законодавця, як це було 2014 року у зв'язку з прийняттям Закону від 16.01.2014 № 721-VII «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та процесуальних законів щодо додаткових заходів захисту безпеки громадян». Об'єктивними обставинами регулювання певних суспільних відносин є, по-перше, поява нових суспільних відносин, по-друге, зміна вже наявних, тобто або криміналізація абсолютно нового діяння, або внесення змін до ознак наявного складу кримінального правопорушення. Обидві обставини можуть бути підтверджені шляхом опитувань громадськості, науковців, практичних працівників стосовно доцільності регулювання певних суспільних відносин саме кримінальним законом. Можна стверджувати, що першим етапом створення національного кримінального законодавства є залучення громадськості, науковців, практичних працівників до обговорення необхідності врегулювати певні суспільні відносини законом про кримінальну відповідальність[303].

Після того як необхідність створення та впровадження такого закону підтверджено, починається другий етап — створення змісту закону про кримінальну відповідальність. Ініціатор законопроєкту формує зміст закону, у якому передбачає конкретні зміни в чинний КК. Такі зміни передусім мають відповідати потребам правозастосування та бути узгодженими з іншими положеннями чинного законодавства України чи міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ. Під час створення закону необхідно враховувати найсучасніші досягнення юридичної техніки та вміло їх використовувати. З метою якісної реалізації норм кримінального законодавства юридична конструкція не повинна бути винятком із загальних юридичних положень, а має бути узгодженою з ними, і виконання покладених на неї завдань є необхідним логічним висновком. Однак законодавець неодноразово порушує

[302] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 238.

[303] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С.239.

повноту та послідовність її побудови, що призводить до розбіжностей тлумачення кримінально-правових норм. Оскільки визначальним під час створення закону про кримінальну відповідальність є принцип кодифікації, то новий закон (окремі його положення) будуть інтегровані в чинний КК (ч. 2 ст. 3). Структура закону повинна мати всі відповідні реквізити. Його зміст має бути логічним, зрозумілим, конкретизованим, узгодженим, граматично правильним, мати офіційно-діловий стиль тощо. Слід уникати оціночних понять, нових термінів, зміст яких не висвітлено, тощо[304].

Готовий законопроєкт перед внесенням на розгляд ВРУ повинен пройти такий етап законотворчої процедури, як громадське обговорення. На цьому етапі в обов'язковому порядку залучають науковців різних профільних установ, закладів тощо, практичних працівників, діяльність яких пов'язана з правозастосуванням, та інших громадян (членів правозахисних організацій, профспілок, уповноважених з прав людини та ін.). Громадське обговорення законопроєкту кримінально-правового спрямування передбачає дискусію між авторами законопроєкту та переліченими особами з приводу його змісту. На цьому етапі вирішують питання щодо правильності побудови правової норми, яка спрямована на регулювання певних суспільних відносин [1, с. 240].

Після узгодження змісту законопроєкту його подають на розгляд ВРУ. Право законодавчої ініціативи у ВРУ належить Президенту України, народним депутатам КМУ[305]. Право законодавчої ініціативи реалізують шляхом внесення до ВР: 1) проєктів законів, постанов; 2) проєктів інших актів ВР; 3) пропозицій до законопроєктів; 4) поправок до законопроєктів [1, с. 240; 20].

Усі законопроєкти повинні відповідати вимогам ст. 90, 91 Регламенту ВРУ. Законопроєкт, внесений до ВРУ з дотриманням вимог ст. 90, 91 Регламенту ВРУ, реєструють в Апараті ВРУ в день його внесення, а у випадку внесення в неробочий час — не пізніше ніж наступного робочого дня[306]. Пропозиції, поправки, висновки до законопроєктів подаються до Апарату ВРУ або безпосередньо до комітету чи тимчасової спеціальної комісії, які визначені головними з відповідних законопроєктів,

[304] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 239–240.

305

[305] Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010. № 1861-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17#n722

[306] Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010. № 1861-VI. *Там само.*

в електронній формі[307]. Усі зареєстровані законопроєкти та супровідні документи вносять до єдиної автоматизованої системи та розміщують на вебсайті ВРУ[308].

Оскільки цей процес врегульований Регламентом ВРУ, ми не будемо його детально висвітлювати, акцентуємо лише на деяких аспектах цього етапу, які потребують удосконалення. Кожен законопроєкт після його реєстрації не пізніше як у п'ятиденний строк направляють у комітет, який відповідно до предметів відання комітетів визначений головним з підготовки й попереднього розгляду законопроєкту, а також у комітет, до предмета відання якого належать питання бюджету, для проведення експертизи щодо його впливу на показники бюджету й відповідності законам, що регулюють бюджетні відносини, комітет, до предмета відання якого належать питання боротьби з корупцією, для підготовки експертного висновку щодо його відповідності вимогам антикорупційного законодавства та в комітет, до предмета відання якого належить оцінювання відповідності законопроєктів міжнародно-правовим зобов'язанням України у сфері європейської інтеграції для підготовки експертного висновку[309]. Здебільшого питання регулювання кримінально-правових відносин належить до відання комітету з питань правоохоронної діяльності. Саме тому, на нашу думку, цей комітет зобов'язаний провести відповідну кримінологічну експертизу з питань відповідності змісту законопроєкту реальній можливості запобігати злочинності в певній сфері суспільного життя. На цьому ж етапі, якщо в текст пропонованих норм було внесено поправки, то його слід повторно обговорити з науковцями, практичними працівниками та громадськістю, як це ми запропонували на попередніх етапах. Якщо зміни не вносили, то таке обговорення здійснюють на розсуд голови профільного (головного) комітету[310].

За результатами роботи на попередньому етапі готовий законопроєкт направляють до ВРУ та включають до порядку денного. З цього моменту починається наступний етап — прийняття законопроєкту. Якщо на етапі першого читання в зміст законопроєкту не було внесено змін,

---

[307] Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010. № 1861-VI. *Там само.*

[308] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 240–241 ; Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010. № 1861-VI. *Там само.*

[309] Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010. № 1861-VI. *Там само.*

[310] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 241.

то його приймають у цілому. Якщо ж були подані поправки до законопроєкту, проте його було взято за основу в першому читанні, то законопроєкт повертають до головного комітету на доопрацювання, крім випадків, передбачених ст. 114 Регламенту ВРУ. Після внесення змін до тексту законопроєкту його знову необхідно обговорити з науковцями, правозастосувачами, представниками громадськості тощо. Крім того, необхідно забезпечити їх участь (у формі доповіді й обговорення) під час прийняття законопроєкту в другому читанні[311].

Після врахування всіх запропонованих поправок до законопроєкту в установленому Регламентом ВРУ порядку його направляють до ВРУ для його прийняття в другому читанні. За результатами другого читання, якщо нових змін у зміст законопроєкту внесено не було, його приймають у цілому. Якщо було внесено зміни до законопроєкту під час обговорень законопроєкту, то в таких обговореннях повинні брати участь залучені науковці, правозастосувачі та представники громадськості. Лише після узгодження всіх поправок питання про прийняття законопроєкту виносить на голосування. Якщо законопроєкт було прийнято в другому читанні, проте деякі положення залишилися неприйнятими, то його направляють до головного комітету на доопрацювання та підготовку до третього читання, крім випадків, передбачених ст. 123 Регламенту ВРУ. На етапі підготовки до третього читання поправки підлягають обговоренню з науковцями, практичними працівниками та представниками громадськості. Після чого законопроєкт направляють до ВРУ для прийняття в третьому читанні. За результатами розгляду законопроєкту в третьому читанні ВРУ може прийняти рішення про: 1) прийняття закону в цілому та направлення його на підпис Президенту України; 2) перенесення голосування щодо законопроєкту в цілому у зв'язку із прийняттям рішення про перенесення розгляду законопроєкту або до подання КМУ проєктів актів, прийняття яких передбачено в законопроєкті, що розглядають; 3) схвалення тексту законопроєкту в цілому та винесення його на всеукраїнський референдум; 4) відхилення законопроєкту[312] [1, с. 242–243; 20].

Після прийняття закону його направляють на підпис Президенту України. У разі якщо Президент України застосував право вето щодо

---

[311] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 242.

[312] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 242–243 ; Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010. № 1861-VI. *Там само.*

прийнятого ВРУ закону й у визначений ч. 2 ст. 94 Конституції України строк повернув закон до ВРУ зі своїми вмотивованими та сформульованими пропозиціями, наслідком цього є скасування результатів голосування за закон у цілому й відкриття процедури його повторного розгляду у ВРУ. Пропозиції Президента України до поверненого ним закону подають у паперовій формі, а електронну копію вносять до єдиної автоматизованої системи. Закон, повернений Президентом України до ВРУ для повторного розгляду, після його підготовки в головному комітеті розглядають позачергово на пленарному засіданні ВРУ не пізніше як через 30 днів після його повернення з пропозиціями Президента України, якщо ВРУ не прийняла іншого рішення[313]. Повторний розгляд законопроєкту передбачений ст. 133–136 Регламенту ВРУ. Однак ми пропонуємо залучити до цього процесу науковців, правозастосувачів, представників громадськості[314].

Прийнятий після повторного розгляду закон із пропозиціями Президента України оформляє головний комітет і подає на підпис Голові ВРУ, який підписує та невідкладно направляє його Президентові України. Президент України протягом п'ятнадцяти днів після отримання закону підписує його, беручи до виконання, та офіційно оприлюднює його. Закон набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше від дня його опублікування[315].

Підписаний Президентом України закон публікують у газеті «Голос України» та у Відомостях ВРУ, а також розміщують на офіційному вебсайті ВРУ. Публікація законів ВРУ в цих друкованих засобах масової інформації є офіційною[316]. Таким шляхом закон про кримінальну відповідальність набуває чинності та стає частиною національного

---

[313] Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010. *Там само.*

[314] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 243.

[315] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 243 ; Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності : Указ Президента України від 10.06.1997. № 503/97. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/503/97#Text ; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон України від 11.06.2009. № 1508-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-17

[316] Конституція України : Основний Закон від 28.06.1996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#n4572 ; Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності : Указ Президента України від 10.06.1997. № 503/97. *Там само.*

кримінального законодавства. Водночас не суттєво, чи ухвалюють новий КК, чи вносять до нього зміни, процедура не різниться[317].

Висновки. Проаналізувавши особливості створення національного кримінального законодавства, зроблено такі основні висновки:

Аналіз процедури створення кримінального законодавства доцільно розділити на два напрями дослідження: 1) створення міжнародних договорів; 2) створення КК й законів, які вносять зміни до нього.

Науково доведено, що імплементація норм міжнародно-правових договорів є нормотворчою, організаційною, виконавчою та контрольною діяльністю.

Акт імплементації міжнародних договорів у кримінальне законодавство України — це остаточний трансформаційний акт, що додає договору сили закону й переадресовує зобов'язання щодо його виконання суб'єктам внутрішньодержавного кримінального права[318].

Міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на їх обов'язковість в порядку та в строки, передбачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб[319].

Суб'єкти міжнародного права під час імплементації правових норм, що стосуються кримінального законодавства, використовують правові й інституційні засоби на міжнародному та національному рівнях[320].

Обґрунтовано, що процес створення Конституції України, КК та законів, попри наявність певних особливостей, має чимало спільних ознак. Зокрема, він стосується діяльності одного й того самого суб'єкта правотворення — ВРУ, проходить подібні етапи, полягає в прийнятті кінцевого рішення за схожою процедурою. Суттєво відрізняється в цьому контексті тільки процедури ратифікації міжнародних договорів.

Процедуру створення національного кримінального законодавства доцільно розділити на два напрями: 1) укладення або ратифікації міжнародних договорів; 2) створення КК й законів, які вносять зміни до нього.

---

[317] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 244.

[318] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 442.

[319] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 442.

[320] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 442.

З огляду на запропоновану нами процедуру створення закону про кримінальну відповідальність, а також наявну врегульовану процедуру його прийняття, законотворчий процес створення національного кримінального законодавства має такі етапи: 1) обговорення необхідності врегулювати певні суспільні відносини законом про кримінальну відповідальність; 2) формування змісту закону про кримінальну відповідальність; 3) громадське обговорення законопроєкту кримінально-правового спрямування; 4) прийняття закону (законопроєкту) ВРУ в першому читанні; 4^1) опрацювання запропонованих поправок після прийняття законопроєкту в першому читанні; 5) прийняття закону (законопроєкту) ВРУ в другому читанні; 5^1) опрацювання запропонованих поправок після прийняття законопроєкту в другому читанні; 6) прийняття закону ВРУ в третьому читанні; 7) підписання закону Президентом України; 8) оприлюднення закону України про кримінальну відповідальність[321].

Враховуючи виокремлені етапи створення національного кримінального законодавства, слід визначити такі стадії законотворчого процесу: 1) початкова (етапи 1 і 2); 2) робоча (етапи 3–6); 3) заключна (етапи 7 та 8)[322].

Запропоновано в обов'язковому порядку проводити кримінологічну експертизу законопроєктів кримінально-правового спрямування. Крім того, обґрунтовано, що до обговорення зазначених законопроєктів необхідно залучати профільних науковців, практичних працівників, діяльність яких пов'язана з правозастосуванням, представників громадськості[323].

Обґрунтовано пропозицію доповнити зміст ч. 1 ст. 3, виклавши її в такій редакції: «Законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права, та чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», а ч. 5 ст. 3 КК виключити[324].

---

[321] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 245.

[322] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 245.

[323] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 245–246.

[324] Бабаніна В. В. Кримінальне законодавство України: механізм створення та реалізації. *Там само.* С. 244.

Розділ 3. ТРАЄКТОРІЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ У ПРАВОТВОРЧОСТІ

Дар'я БАЛОБАНОВА,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін
Одеського державного університету внутрішніх справ

ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7247-0560

Анотація. Траєкторія кримінально-правової норми представляє собою одиничний елемент в динаміці кримінального права, який описує динаміку кримінально-правової норми від моменту її виникнення до зникнення. В межах динаміки кримінального права міститься траєкторія всіх його норм, які підкоряються напрямам розвитку такого права. Зміна траєкторії однієї норми впливає на життєдіяльність інших норм, і в залежності від такого впливу, її траєкторія позитивно чи негативно впливає на рух інших норм: прискорює, гальмує, зупиняє або змінює конструктивний рух на деструктивний. **Усталеними нормами можна назвати норми кримінального права, які історично були сформовані його доктриною і містять ознаки наступності та узгодженості, а новелами — норми, які безпосередньо (в певній редакції) виникли внаслідок законодавчих інновацій, у тому числі, ті, які були прийняті внаслідок імплементації та уніфікації норм міжнародного права. При необхідній трансформації усталених норм** під тиском міжнародних приписів або вимог часу має місце еволюційний розвиток норм. Якщо ж міжнародні вимоги та розвиток суспільства диктують нові напрями криміналізації чи декриміналізації, то це є революційним розвитком, пов'язаним з виникненням нових норм. Вимога повноти опису найважливіших ознак складу кримінального правопорушення повинна сполучатися з максимальною стислістю й компактністю їхнього викладу. Необхідне сполучення досягається багато в чому завдяки формулюванню відсильних і бланкетних диспозицій. **Первинність реформ (змін норм Загальної частини) є більш значущим для динаміки від інновацій (змін норм Особливої частини) з наступних причин: 1) перші описують умови і правила застосування других; 2) перші відтворюють первинні принципи кримінального права і несуть основні ідеологеми кримінального переслідування, описаного у**

других; 3) невідповідність першим унеможливлює реалізацію других.

Ключові слова: траєкторія, кримінально-правова норма, динаміка, революція, еволюція, усталені норми, норми-новели, законотворчість, термінологія, законодавча техніка, наскрізні поняття, бланкетні диспозиції, кримінальний закон.

Daria BALOBANOVA,

THE TRAJECTORY OF CRIMINAL LAW NORMS IN LAWMAKING

Abstract. The trajectory of a criminal law norm is a single element in the dynamics of criminal law, which describes the dynamics of a criminal law norm from the moment of its emergence to its disappearance. The dynamics of criminal law include the trajectory of all its norms, which are subject to the directions of development of such law. A change in the trajectory of one norm affects the functioning of other norms, and depending on this influence, its trajectory has a positive or negative effect on the movement of other norms: it accelerates, slows down, stops or changes constructive movement into destructive movement. Established norms can be defined as norms of criminal law that have historically been shaped by its doctrine and contain signs of continuity and consistency, while novelties are norms that have directly (in a certain version) arisen as a result of legislative innovations, including those that were adopted as a result of the implementation and unification of norms of international law. When established norms need to be transformed under pressure from international regulations or the demands of the times, an evolutionary development of norms takes place. If international requirements and the development of society dictate new directions for criminalisation or decriminalisation, this is a revolutionary development associated with the emergence of new norms. The requirement for a complete description of the most important elements of a criminal offence must be combined with maximum conciseness and compactness in their presentation. The necessary combination is achieved largely through the formulation of reference and blanket provisions. The primacy of reforms (changes to the General Part) is more significant for the dynamics of innovation (changes to the Special Part) for the following reasons: 1) the former describe the conditions and rules for applying the latter; 2) the former reproduce the primary principles of criminal law and carry the basic ideologemes of criminal prosecution described in the latter; 3) non-compliance with the former makes it impossible to implement the latter.

Key words: trajectory, criminal law norm, dynamics, revolution, evolution, established norms, novel norms, lawmaking, terminology, legislative technique, cross-cutting concepts, blanket provisions, criminal law.

Правотворчість у сфері кримінальної юстиції, поруч з кримінально-правовою політикою та правозастосовною діяльністю, складає собою один з елементів кримінального права, який, своєю чергою, розглядається як структурний компонент його динаміки (одиниця, *unit*, кримінального права). Під динамікою кримінального права нами пропонується розуміти стан кримінального права у просторі та часі, яке може знаходитись у русі (прогрес чи регрес) або у спокою[325].

Оскільки базою, основою, «цеглинкою» кримінального права традиційно визнається кримінально-правова норма, залишити її поза увагою при дослідженні правотворчості у сфері кримінальної юстиції видається неправильним.

Соціальну норму прийнято сприймати як історично сформовану в конкретному суспільстві межу, інтервал допустимої (дозволеної чи обов'язкової) поведінки, діяльності людей, соціальних груп, соціальних організацій. Аналогічний підхід застосовується до правових норм: частина норм диктується об'єктивними потребами виживання соціуму та його розвитком, а частина виникає в результаті суб'єктивного бачення законодавцем користі чи шкоди від певних видів поведінки для суспільства. Зокрема у контексті кримінально-правових заборон на національному рівні будь-яка криміналізація є наслідком рішень у сфері законотворчості, які відображають ставлення законодавця до девіантної поведінки.

Для динаміки важливий рух одиниці у просторі й часі, і тому сама норма повинна оцінюватися як одиниця, від життєвої активності й напряму розвитку якої залежить динаміка кримінального права з усіма її складовими. Саме траєкторія кримінально-правової норми описує динаміку кримінально-правової норми від моменту її виникнення до зникнення. У межах динаміки кримінального права міститься траєкторія всіх його норм, які підкоряються напрямам розвитку такого права. Зміна траєкторії однієї норми впливає на життєдіяльність інших норм, і в залежності від такого впливу її траєкторія позитивно чи негативно впливає на рух інших норм: прискорює, гальмує, зупиняє або змінює конструктивний рух на деструктивний.

[325] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права: доктринальні положення. Монографія. Одеса, 2020. С. 46–49.

Оскільки сучасна реформа кримінального права, яка пропонується Робочою групою з питань розвитку кримінального права[326], обумовлена саме перевантаженням КК, доцільно звернути увагу на особливості траєкторії нових кримінально-правових норм, тобто тих норм Особливої частини КК, які зазнали змін під тиском тих чи інших обставин.

Норми кримінального права, незалежно від їх видів, з точки зору динаміки доцільно поділити на дві групи: 1) усталені норми та 2) норми-новели.

Усталеними нормами умовно назвемо норми кримінального права, які історично були сформовані його доктриною і містять ознаки наступності та узгодженості, і відповідно, новелами — норми, які безпосередньо (в певній редакції) виникли внаслідок законодавчих інновацій, у тому числі й ті, що були прийняті внаслідок імплементації та уніфікації норм міжнародного права.

Траєкторія усталеної норми починається її виникненням і закінчується припиненням її існування. При цьому початок її не може датуватися прийняттям відповідного чергового джерела кримінального законодавства, в якому вона визначалася, адже норма кримінального права має історію формування, і її зміст, навіть у новій редакції, не свідчить про її «народження», а вказує лише на те, що вона, зберігаючи свої певні властивості, перейшла до нового джерела в оновленій, вірогідно, формі. Так, наприклад, відповідальність за вбивство існувала навіть до появи заповіді «не вбий» — позбавлення життя завжди каралось згідно з писаними й неписаними нормами.

Але траєкторія такої норми і її рух під впливом тих чи інших напрямів розвитку кримінального права, безумовно, змінилися. На прикладі розвитку напрямів динаміки кримінального права на терені України можемо відслідкувати такі впливи на покарання за вбивство:

– наповнення її змістом помсти і безумовне настання смерті того, хто вчинив вбивство;

– наступні наповнення її змістом від «гріха» до посягання на гарантоване на міжнародному рівні право на життя;

– заміна смертної кари на значні строки покарання, у т.ч. на довічне позбавлення волі, але і можливість бути амністованим (помилуваним) за певних умов і т. ін.

Здавалось би, яке значення має перетворення в слова певних стандартів на рівні кримінального закону? Але це не повною мірою

326

[326] Офіційний сайт Робочої групи з питань розвитку кримінального права. URL: https://newcriminalcode.org.ua/ (дата зверн. 15.09.2025).

справедливе твердження: одне і те саме положення диспозиції, залежно від його змісту, буде мати зовсім інше ідеологічне наповнення.

Візьмемо для прикладу два типові склади злочину, які є усталеними нормами для українського суспільства, — умисне вбивство і зґвалтування.

Щодо першого, здавалось би, можна говорити, що вбивство — класична усталена норма кримінального права, а її необхідність та застосування покарання за вбивство витримало всі перевірки часом зі зміною парадигм. Але це не зовсім так.

У КК 1960 р. «Умисне вбивство» (ст. 94) було визначене як «Умисне вбивство, вчинене без вказаних у статті 93 ознак» (ст. 93 — «Умисне вбивство при обтяжуючих обставинах»). А у ч. 1 ст. 115 КК 2001 р. «Умисне вбивство» під впливом стандартів права на життя описується як «Вбивство, тобто умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині». І хоча в інших положення КК, які передбачають відповідальність за вбивства, останнє описується вже як «вбивство», за рахунок титульної ст. 115 КК, тлумачення «вбивства» все ж таки розуміється через посягання на право на життя.

Положення, котрими встановлювалася відповідальність за позбавлення життя іншої людини, протягом історії видозмінювалися під впливом усвідомлення людством вбивства під час миру та на війні, виникнення інституту вини, оцінки емоційних і особливих станів, віктимної поведінки потерпілого тощо. Зазнавали вони і впливу рішень ЄСПЛ, які стосувалися права на життя. Але норма існувала і буде існувати довічно, адже право на життя — найважливіше право, вершина піраміди прав людини, а вдале і сучасне перетворення її змісту демонструє вдалий еволюційний розвиток такої норми: вона узгоджена з міжнародними принципами і, водночас, вона демонструє наступність і узгодженість з термінологією та змістом національного права.

Однак є й інші приклади динаміки усталеної норми, яка під впливом міжнародних вимог не виникла, а трансформувалася в низку складів, якими сьогодні оперує чинне кримінальне право.

Другий склад, обраний нами для прикладу, — також усталена норма кримінального права про відповідальність за зґвалтування, — є значно більш демонстративною в плані зміни формулювань під впливом суспільних девіацій та міжнародних стандартів. Так, в редакції КК 1960 р. містилися норми, які передбачали кримінальну відповідальність за зґвалтування жінки (ст. 117 «Зґвалтування») та чоловіка (ст. 122 «Мужолозтво»), диспозиції яких викладалися майже «дзеркально»:

– ч. 1 ст. 117 — «Зґвалтування, тобто статеві зносини із застосуванням фізичного насильства, погрози або з використанням безпорадного стану потерпілої...»;

– ч. 1 ст. 122 — «Мужолозтво, тобто статеві зносини чоловіка з чоловіком, вчинене із застосуванням фізичного насильства, погрози або використанням безпорадного стану потерпілого».

З прийняттям КК 2001 р. диспозиція ст. 152 «Зґвалтування» поглинула обидва склади, і як суб'єктом, так і потерпілим стала визнаватися особа будь-якої статі. Причиною цьому стали не лише факти ґвалтування чоловіків, а передусім — визнання всезагальної толерантності до одностатевих відносин, актуалізація рівності гендерних прав і гарантій сексуальної свободи та недоторканості чоловіків.

Однак зі змінами, внесеними Законом «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами»[327], викладення змісту ст. 152 КК змінилося докорінно. Зокрема, ч. 1 її стала викладатися так: «Вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета, без добровільної згоди потерпілої особи (зґвалтування)». Тобто зміст «зґвалтування» не змінився, а законодавче викладення альтернативних активних дій у змісті статті просто «розклало» цей зміст на альтернативні дії.

Загальновідомо, що таке викладення викликало певне обурення не лише в суспільстві, а й у правозастосувачів і в наукових колах, породило жарти з приводу відвертої деталізації об'єктивної сторони, а також впровадження формалізації «добровільної згоди».

З приводу останньої взагалі-то правників досі дивує відсутність пояснення у примітці до ст. 152 КК визначення, як вона гарантовано має бути проявлена. До речі, абсурдним ззовні, але доволі логічним з точки зору правників, було питання про письмову форму згоди на статевий акт, адже єдина сфера, де застосовується наближене

[327] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами : Закон №2227-VIII від 06.12.2017. *Відомості Верховної Ради.* 2018. № 5. Ст. 34.

поняття — «інформована згода», — це медичне право, де «згода» має бути обов'язково письмовою[328].

Годі й казати про «супутні обставини», описані в примітці до ст. 152 КК, стосовно яких у законі жодних пояснень нема.

Отже ми бачимо, що невдала вербалізація може призводити до перевантаження норми зайвим змістом, а сама первинна її ідея не змінюється. Чи варто в таких випадках перевантажувати змістом норму, яка працює, — питання риторичне.

Водночас, в обох наведених прикладах ми зустрічаємося з еволюційним розвитком норм, який відбувається під тиском міжнародного[329] права та правозастосування. І якщо у випадку еволюції норми, передбаченої ст. 115 КК, ми спостерігаємо повною мірою логічну семіотичну конструкцію через розкриття змісту «вбивства» як «позбавлення життя іншої людини» (хоча лишаються зауваження щодо умисного характеру такого позбавлення життя, що унеможливлює коректне використання цього терміну в ст. 119 КК «Вбивство через необережність» — *прим. авт., Д. Б.*), то змістовне перевантаження деталізації об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 152 КК, взагалі такої гуманістичної функції не виконує, а лише описує відомі законодавцю види проникнення в тіло іншої людини.

Водночас, цілком зрозуміло, що принципи, якими керується світ в умовах сучасної кримінальної юстиції, є пріоритетними, і вони зазвичай мають відображуватися в нормах права на рівні національного законодавства. Це — принципи примату прав людини, справедливості, верховенства права, гуманізму, гендерної рівності тощо. Саме про це і свідчать наведені приклади.

Стосовно ж норм-новел — це нові напрями розвитку юстиції, які вимагають криміналізації новітніх кримінальних правопорушень або нових форм здійснення раніше відомих кримінальних правопорушень, визнання яких на світовому рівні запроваджують модельні конвенції. Так, наприклад, Конвенцією РЄ про кіберзлочинність 2001 р.[330] (ратифі-

---

[328] Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон № 2801-XII від 19.11.1992. *Відомості Верховної Ради України.* 1993. № 4. Ст. 19.

[329] Туляков В. А. Гибридность права в современном уголовно-правовом дискурсе. Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку держави та права в умовах євроінтеграції : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Одеса, 20 травня 2016 р. Одеса, 2016. Т. 2. С. 168–169.

[330] Конвенція про кіберзлочинність Ради Європи від 23.11.2001. Офіційний вісник України від 10.09.2007. № 65. стор. 107. стаття 2535. код акта 40846/2007.

кована із застереженнями Законом № 2824-IV[331] у 2005 р.) була обумовлена криміналізація низки діянь, які сьогодні відображені у Розділі XVI Особливої частини КК в такій редакції, якої вимагали положення Конвенції з часом. Ані положення ст. 198[1] КК 1960 р, ані первинна редакція статей 361–363 КК 2001 р. повною мірою не відповідали її вимогам, але з часом, під впливом міжнародного права та низки наукових напрацювань вітчизняних вчених[332], конструкції Розділу XVI Особливої частини КК набули чинної форми і стали цілком відповідати вимогам Конвенції.

До речі, зовсім іншим прикладом впливу міжнародного права на норми національного кримінального права є Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи[333], ратифікований із застереженнями Законом № 23-V[334] у 2006 р. Відповідно до нього криміналізації підлягали раніше відомі діяння з розпалювання міжрасової та релігійної ворожнечі, вчинені з використанням кібернетичного простору.

Щодо самої Конвенції про кіберзлочинність, ми зустрічаємо пряму вимогу розуміння виникнення нової — кібернетичної злочинності — і розуміння необхідності протидії таким діянням, яких раніше не існувало: хакерство, викрадення даних тощо. Тобто, фактично Конвенція про кіберзлочинність диктувала світу новий напрям. Стосовно її окремих положень (ст. 9 «Правопорушення, пов'язані з дитячою порнографією» та ст. 10 «Правопорушення, пов'язані з порушенням авторських

---

[331] Про ратифікацію Конвенції про кіберзлочинність : Закон № 2824-IV від 07.09.2005. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 5–6. Ст. 71.

[332] Карчевський М. В. Кримінальна відповідальність за незаконне втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж (аналіз складу злочину) : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2003. 19 с. ; Азаров Д. С. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері комп'ютерної інформації : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2003. 18 с. ; Розенфельд Н. А. Кримінально-правова характеристика незаконного втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2003. 17 с.

[333] Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи від 28.01.2003. Офіційний вісник України від 02.08.2010 р. 2010 р. № 56. / № 31, 2006, ст. 2202 / стор. 73. стаття 1920. код акта 52082/2010.

[334] Про ратифікацію Додаткового протоколу до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи : Закон №23-V від 21.07.2006. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 39. Ст. 328.

та суміжних прав»), а також всіх діянь, передбачених Додатковим протоколом до неї, можна спостерігати застосування принципу криміналізації раніше відомих діянь, вчинених з використанням кібернетичного простору.

Але в обох випадках норми кримінального права не були повністю зруйновані — їм просто були надані нові форми у тих семіотичних конструкціях, які є традиційними для вітчизняного кримінального права з додаванням необхідного мінімуму новел.

Наведене свідчить, що впровадження напрямів і принципів, які диктуються всезагальними нормами, у разі їх викладення у вдалих вербальних конструкціях сприймається як коректний захід розвитку норми.

Якщо йдеться про усталені норми, які відчувають на собі необхідні трансформації під тиском міжнародних принципів або тенденцій часу, ми маємо справу з розвитком норм. З точки зору динаміки кримінального права — це еволюційний розвиток.

Якщо ж міжнародні вимоги чи розвиток суспільства диктують нові напрями криміналізації чи декриміналізації, то справу маємо з виникненням нових норм (декриміналізація також може приводити до появи нових норм: через звуження ознак складу кримінального правопорушення зміст кримінально-правової норми настільки змінюється, що фактично можна вести мову про нову норму — *прим. авт., Д. Б.*). З позиції оцінки динаміки кримінального права — це революційний розвиток.

Але ще раз підкреслимо значення семіотичних конструкцій у динаміці кримінального права під тиском вимог міжнародного характеру: якщо принципи і напрями динаміки кримінального права можуть бути всезагальними, то викладення певних норм, з порушенням наступності та узгодженості на національному рівні, можуть бути доволі несприйнятними на всіх рівнях правореалізації, що в цілому знижуватиме ефективність застосування таких норм.

Якщо у всіх попередніх випадках йшлося про те, якою є траєкторія норми кримінального права під тиском вимог міжнародного характеру, то наразі варто звернути увагу на вітчизняні реалії певних особливостей траєкторії норм, які видозмінювалися безпосередньо за волевиявленням законодавця.

Для прикладу візьмемо не класичну усталену норму, як-то посягання на життя, яка, як зазначалось, розвивається еволюційно. Для самої гострої демонстрації тут необхідна норма, яка перебуває під тиском змін, наприклад, політичного характеру. Зокрема, положення

ст. 158[1] «Незаконне використання виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, голосування виборцем, учасником референдуму більше одного разу, викрадення, пошкодження, приховування або знищення виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі», якою КК був доповнений Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України» від 21.08.2009[335], а потім двічі[336] зазнавала змін у 2014 р., також напередодні виборів Президента України. Крім того, після проведення чергових виборів Президента України та дострокових виборів у ВРУ у 2019 р., напередодні проведення чергових місцевих виборів 2020 р., з метою узгодження нормативної бази з прийнятим новим Виборчим кодексом України від 19.12.2019[337], Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення виборчого законодавства» від 16.07.2020[338] також були внесені зміни до ст. 158[1] КК.

Фактично, внесення змін у положення статті напередодні виборів ніби «готувало» роботу цієї статті з певними порушеннями, які були відомі після виборів, але вони вносилися напередодні, а не за результатом виявлених нових видів порушень під час виборів. Таким чином, законодавча ініціатива тут була спрямована не на припинення системних порушень, які виявилися під час виборів, а як перепона (розмовною мовою — «лякалка») для того, щоб такі порушення не вчинювалися на майбутніх виборах.

На прикладі внесення змін до норм, котрими регламентується відповідальність за порушення виборчих прав, спостерігається тенденція внесення інновацій напередодні виборів, хоча такі зміни, переважно,

---

[335] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України : Закон № 1616-VI від 21.08.2009. *Відомості Верховної Ради України*. 2009. № 50. Ст. 754.

[336] Про внесення змін до Закону «Про вибори Президента України» та деяких інших законодавчих актів України щодо техніко-юридичного вдосконалення виборчого процесу : Закон №879-VII від 13.03.2014. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 16. Ст. 582 ; Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за порушення виборчих прав громадян : Закон № 1703-VII від 14.10.2014. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 45. Ст. 2045.

[337] Виборчий кодекс України від 19.12.2019 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2020. № 7, № 8, № 9. ст. 48.

[338] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення виборчого законодавства : Закон № 805-IX від 16.07.2020. *Відомості Верховної Ради.* 2020. № 36. ст. 273.

є спостереженнями за перебігом попередніх виборів. Це підтверджує те, що подібні норми, які вносяться вітчизняним законодавцем, мають відверте політичне забарвлення й орієнтовані переважно на превенцію.

Якщо попередній приклад свідчив про систему «інновацій» щодо кримінальної відповідальності напередодні виборів, наступний приклад криміналізації був обумовлений повномасштабним вторгненням на територію України з боку РФ. Йдеться про ст. 111^1 КК «Колабораційна діяльність»[339] та ст. 111^2 КК «Пособництво державі–агресору»[340]. Аналіз цих норм, виявлення їх переваг та недоліків стали предметами численних фахових досліджень, проведених М. С. Бондаренко, І. Б. Газдайка-Василишин, З. А. Загиней-Заболотенко, О. О. Кравчуком, Р. О. Мовчаном, Є. О. Письменським, Т. І. Созанським, М. І. Хавронюком та іншими вченими, ми ж тільки зазначимо, що їх поява є також прикладом інновацій, хоча й постфактум.

Фактично, цією нормою законодавець «підтвердив» свою обізнаність у наявності проблем, пов'язаних з притягненням до кримінальної відповідальності осіб, які в різні способи співпрацюють або надають допомогу державі–агресору чи представникам окупаційної влади. Норми чинного до 24.02.2022 кримінального законодавства не забезпечували можливість надання належної та адекватної оцінки діям осіб, які вчиняли здійснювану в різних формах допомогу державі–агресору. Виходячи з реалій сьогодення, як колабораціонізм мали розглядатися дії громадян України, які сприяли чи продовжують сприяти РФ у здійсненні агресивних дій, розгортанні збройного конфлікту проти України, включаючи підтримку збройних формувань та окупаційних адміністрацій держави–агресора тощо. Саме такі міркування були покладені в основу змін до КК щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність, про що йде мова в пояснювальній записці до відповідного законопроєкту. Автори цих змін наголошували на необхідності встановити відповідальність за співпрацю з державою–агресором, її окупаційною-адміністрацією та/або її збройними чи воєнізованими

339

340

[339] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність : закон № 2108-IX від 03.03.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n12

[340] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки : закон № 2198-IX від 14.04.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198-20#n8

формуваннями у військовій, політичній, інформаційній, адміністративній, господарській та трудовій сферах[341].

Водночас, неможна не помітити, що окремі положення ст. 111^2 КК дублюють положення ст. 111^1 КК, яка, своєю чергою, потребує розмежування з положеннями ст. 436^2 КК «Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії РФ проти України, глорифікація її учасників». Звісно, що така плутанина не сприяє єдності правозастосування.

Вітчизняний законодавець в умовах виникнення надзвичайних ситуацій використовує криміналізацію як механізм вирішення проблем, які не підлягають вирішенню засобами кримінального права. У випадку використання норм кримінального права задля вирішення некримінально-правових проблем, як, наприклад, у випадку славнозвісних законів від 16.01.2014, законодавець штучно наповнює КК неефективними і нежиттєздатними нормами, вважаючи, що вони виконуватимуть превентивну функцію. А практика доводить зворотне: такі норми просто не діють, адже вони порушують логіку кримінального права та не придатні для реалізації, або їх реалізація безглузда. Є й менш «кричущі» приклади (різні зміни до Розділу VII Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності»), які, тем не менш, також підривають авторитет кримінального закону.

Отже, певна частина норм КК сьогодні має специфічну, доволі плутану і безсистемну траєкторію: існують норми, що видозмінюються, коли такої зміни об'єктивна реальність і не вимагає, інші — завмирають і не розвиваються, хоча їх розвиток потрібний якнайшвидше, деякі з них змінюються з метою підсилення тиску на ті суспільні девіації, з якими влада не згодна.

Оптимальність кримінально-правової норми, яка містить інформаційну модель поведінки, що забороняється, зрештою залежить від досконалості законодавчої конструкції цієї норми. Зрозуміло, неоптимальність кримінально-правової норми може бути результатом й інших причин, у тому числі невідповідності норми об'єктивним закономірностям, що породжують необхідність її прийняття (мається на увазі соціально необумовлена норма). За цієї умови ступінь повноти відбиття в законі всіх істотних ознак виявленої форми суспільно небезпечної поведінки

[341] Пояснювальна записка до проєкту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів (щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність). URL: https://itd.rada.gov.ua/2dad090a-e38b-44e0-be3e-7b221e738d51

майже повністю залежить від рівня розвитку законодавчої техніки, від того, наскільки законодавцеві за допомогою даної техніки вдасться домогтися чіткості та ясності кримінально-правової норми.

Одна з головних умов оптимальності законодавства зводиться до дотримання вимоги його внутрішньої погодженості. Особливу роль правило внутрішньої погодженості відіграє при здійсненні процесу криміналізації, тому що життєздатність новел, що вводяться в складний організм системи кримінального законодавства, багато в чому залежить від їх сумісності з уже діючими правовими приписами. Та ж залежність має бути врахована і в процесі подальшого вдосконалення існуючих у законодавстві норм. Ігнорування цієї вимоги вносить деструктивні елементи в єдність системи кримінального законодавства, породжує труднощі й помилки в правозастосовній діяльності.

Правило внутрішньої погодженості права містить цілу низку похідних від нього вимог. До них належать вимоги: 1) злагодженості нормативних актів; 2) несуперечності в системі законодавства; 3) логічного зв'язку між нормативними приписами; 4) відсутності прогалин у змісті закону; 5) виключення непотрібних повторень; 6) неприпустимості законодавчих надмірностей і збереження в чинному законодавстві норм, що фактично втратили своє призначення.

Формулювання кримінально-правових норм також вимагає дотримання певних правил і прийомів законодавчої техніки. Головним завданням тут є досягнення відповідності між формою закону і його сутністю, задумом законодавця і його втіленням. Тільки при вирішенні зазначеного завдання можна розраховувати на майбутню ефективність новели.

Як зазначає Ю. В. Баулін, ефективність кримінально-правового регулювання залежить від різного роду факторів, зокрема від якості кримінально-правових норм і їх зовнішніх правових форм, якості актів застосування кримінально-правових норм, рівня розвитку суспільства та його правової культури, наявних економічних ресурсів, які держава спроможна спрямувати на протидію злочинності, стану правосвідомості членів суспільства, належного впливу на правозастосовну практику навколишнього правового середовища, особливо екстремальних умов, в яких діють гіпертрофовані релігійні, історичні, націоналістичні й інші фактори тощо[342].

[342] Баулін Ю. В. Кримінально-правове регулювання: основні проблеми. Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 18–19 жовт. 2018). Харків, 2018. С. 28.

Конструювання оптимальної норми припускає дотримання правил законодавчої техніки, а саме: стрункість кримінально-правової норми, однаковість використання технічних прийомів її побудови, витриманість атрибутики, максимальну компактність викладу, строгість стилю, ясність мови, визначеність термінології. Вимога стрункості архітектоніки містить у собі: 1) уніфікований підхід до позначення структурних частин статті (букви або цифри); 2) однакове формулювання заголовків статей; 3) встановлення відносного співвідношення між частинами та пунктами статей.

У зв'язку з цим одним із напрямків при вдосконаленні кримінального законодавства є поліпшення кримінально-правових формулювань, щоб вони правильно розумілися громадянами, збігалися з етичними уявленнями суспільства про добро й зло і спонукали до відмови від антигромадської поведінки. Формулювання кримінально-правового припису не повинно породжувати зайвих труднощів для правозастосовувача в тлумаченні й застосуванні відповідних кримінально-правових заборон, приводити до помилок у застосуванні кримінального закону.

У зв'язку з цим абсолютно обґрунтованою є пропозиція дати легальне визначення використовуваних у законі дефініцій. Немає необхідності визначати ясні й зрозумілі всім речі. Але якщо тлумачення змісту або значення терміна, наявного в нормативно-правовому акті, ймовірно може виявитися складним для його адресата, тоді такому терміну доцільно дати легальне визначення, хоча це й приведе до збільшення тексту[343]. Продовжуємо підтримувати пропозиції[344] щодо формулювання окремої статті у КК, в якій будуть надані відповідні визначення (за прикладом інших нормативних актів — Кримінального процесуального кодексу, Податкового кодексу, Митного кодексу, окремих законів). В цій статті повинні знайти своє відображення ті терміни, які найчастіше зустрічаються у кримінальному законі та повинні мати однакове розуміння. В інших випадках тлумачення окремих дефініцій може надаватися за існуючою традицією — у відповідних статтях (або на початку відповідного розділу) , але за умови їх логічного розташування. Саме таким шляхом йдуть розробники Проєкту нового КК[345]. Слід підтримати

[343] Балобанова Д. О. Використання дефініцій у кримінальному законі. Актуальні проблеми держави і права. 2007. Вип. 32. С. 146–149.

[344] Навроцький В. О. Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.). Київ : Атіка, 2001. С. 39 ; Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. Київ : Істина, 2004. С. 36–37, 42.

[345] Проєкт Кримінального кодексу України станом на 21.07.2025 р. URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2025/08/20/00-kontrolnyj-proyekt-kk-21-07-2025.pdf (дата зверн. 15.09.2025).

345

позицію З. А. Загиней, яка вважає, що крім термінологічного розділу в КК можуть використовуватися і примітки, в яких доцільно закріплювати законодавчі дефініції тих понять, що вживаються в межах одного розділу або однієї статті Особливої частини КК[346].

Саме тому В.О. Навроцький пропонує запровадити інститут наскрізних понять (наприклад, збут, насильство, службова особа, тяжкі наслідки тощо), якими слід вважати такі, що використовуються неодноразово і мають одне й те ж значення, які зберігають своє значення незалежно від того, щодо якого інституту кримінального права вони використовуються. Вчений також вказує, що наявність та використання таких понять свідчить про належний рівень розвитку кримінального права, підтверджує досконалість понятійного апарату цієї галузі, відіграє стабілізуючу роль як у наукових дослідженнях, так і в ході правозастосування, кардинально спрощує тлумачення кримінального закону, робить кримінальне право зрозумілим і доступним та легким для вивчення тощо[347].

Одна із головних вимог, що ставиться до мови кримінального закону, стосується її ясності, стислості й точності. Кримінальні закони розраховані на широке коло громадян, і аж ніяк не тільки на юристів-професіоналів. Доступність їх розуміння багато в чому залежить від ясності, стислості й точності викладу. Ясність кримінального закону досягається переважно за рахунок неухильного дотримання норм літературної мови (правил лексики, синтаксису, пунктуації, стилістики) у процесі законотворчості, вживання слів і виразів у їх прямому, буквальному значенні, роз'яснення спеціальної термінології, використання переважно простих, нерозгорнутих фраз. Стислість кримінального закону припускає граничну стислість, компактність викладу тексту кримінального закону, надання йому якості видимості. Точність кримінального закону вимагає єдності застосовуваної термінології (одне поняття має позначатися тим самим терміном і навпаки, в тому числі при використанні нормами регуляторного і кримінального права[348]), застосування однозначних термінів, що виключають двозначність і багатозначність їх тлумачення, єдності способів викладу однотипних формулювань, відмови від синонімії.

---

[346] Загиней З. Кримінально-правова герменевтика : монографія. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2015. С. 146.

[347] Навроцький В. О. Наскрізні кримінально-правові поняття : навч. посіб. Київ, 2023. С. 11.

[348] Гуторова Н. О. Охоронна функція кримінального права. Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 9–10 жовт. 2014 р.) Харків, 2014. С. 35.

Вимога повноти опису найважливіших ознак складу кримінального правопорушення має сполучатися з максимальною стислістю і компактністю їх викладу. Необхідне сполучення досягається багато в чому завдяки використанню такого технічного прийому, яким є формулювання відсильних і бланкетних диспозицій. Ті й інші є неминучим наслідком еволюції кримінального законодавства, що на даному етапі свого розвитку вже не може обійтися одними описовими диспозиціями.

Крім того, на траєкторію кримінально-правових норм можуть впливати і зміни в інших нормах чи нормативних актах, адже численні норми кримінального права бланкетні, і зміни або відсутність таких у законах, в яких містяться окремі положення, необхідні для дії КК, наприклад, впливають на кримінальне право в цілому.

Чинне кримінальне законодавство нараховує величезну кількість норм із бланкетними диспозиціями. Необхідність такої конструкції складів кримінальних правопорушень обумовлена, з одного боку, неможливістю відтворення в тексті кримінального закону всіх ознак, що містяться в іншому нормативному акті, через їх велику кількість, а з іншого боку — вимогою забезпечення стабільності кримінального закону, тому що зі зміною підзаконних нормативних актів ознаки, що містяться в кримінальному законі й відокремлюють кримінально протиправні порушення від інших правопорушень у цій області, залишаються незмінними, що і є змістом кримінально-правової норми. Дійсно, кримінально-правова норма з бланкетною диспозицією при всіх коливаннях рівня нормативного регулювання в іншій галузі права залишається незмінною. Але чи залишається в цих випадках настільки ж незмінною сфера дії даної норми? Звичайно, ні. Вона або звужується, або розширюється, причому найчастіше спостерігається останнє. І в цьому багато вчених цілком справедливо вбачають витрати норм із бланкетними диспозиціями.

Саме бланкетні диспозиції норм кримінального права, поряд з оціночними поняттями (термінами), широкими межами судової дискреції (угляду), альтернативними та відносно визначеними санкціями норм кримінального права, В.К. Грищук відносить до наявних потенційних можливостей для зловживання правозастосовними органами, головним чином судом, кримінальним правом[349].

[349] Грищук В. К. Зловживання кримінальним правом: загальні підходи до постановки проблеми. Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 12–13 жовтня 2017 р.). Харків, 2017. С. 93.

І все-таки повністю обійтися без бланкетних диспозицій не уявляється можливим. Тому для кримінального права не залишається нічого іншого, як шукати способи нейтралізації їхніх негативних сторін, а саме:

а) встановлювати кримінальну відповідальність лише за порушення тих підзаконних актів, необхідність прийняття яких прямо передбачена законами;

б) докладно описувати в тексті кримінально-правової норми ознаки суспільно небезпечних наслідків і форми вини;

в) вказувати в диспозиції на найбільш типові способи заподіяння шкоди в результаті порушення відповідних норм.

Бланкетна диспозиція має бути лаконічною і водночас місткою. Інформація, яка розміщена в ній, повинна чітко визначати саме кримінально-правовий зміст, який на неї покладається, і водночас має чітко відсилати не до порушень абстрактних актів, а, в ідеалі, називати такі акти. В інформаційному середовищі це створити досить не складно, адже можуть використовуватися гіперпосилання, котрі дають змогу вільного переходу від одного тексту до іншого.

В сучасній практиці законотворчості й користування нормативними актами фактично лишилося дуже мало тих, хто не користується електронними джерелами законодавства. Але при цьому як така відсутня культура формування баз даних законодавства, коли в змісті самої бланкетної диспозиції міститься посилання на той акт, порушення якого нормою криміналізовано. Водночас, користувачі (практики) в пошуках первинної норми використовують складний ланцюг пошуку, аби переконатися в змісті первинної норми або з'ясувати наявність порушення. Таку проблему повною мірою може ліквідувати пряме посилання на первинну норму з тексту самої банкетної диспозиції, наприклад, на сайті ВРУ, який давно перетворився на офіційне джерело законодавства України.

І хоча питання закріплення норм в інформаційному середовищі, на перший погляд, не стосується кримінального права та його динаміки, — аналізуючи вади бланкетних диспозицій норм кримінального права його оминути важко.

Вірогідно, на це питання корисно дивитися взагалі з перспективи утворення нових платформ законодавства, які б не лише включали посилання на підстави зміни тих чи інших законів, але й прямо вказували на пов'язані зміни, демонстрували рішення наддержавних органів, які стосуються тих чи інших норм. Раніше, за відсутності можливості керування великим обсягом даних, подібну функцію виконували науково-практичні коментарі, які поєднували в собі і міжнародні стандарти,

і тлумачення постанов Пленуму ВС, і наводили приклади. Сьогодні все необхідне для коректної кваліфікації міститься у згрупованих базах даних і в мережі Інтернет, на спеціальних сайтах і у відкритих базах даних, користування якими при вдалому поданні інформації про норми кримінального права значно спрощувало б роботу і правоохоронців, і адвокатів, і суддів.

Проблемами законотворчості в межах Особливої частини КК питання траєкторії кримінально-правової норми не обмежуються. Адже ми говоримо не лише про інновації, але й про реформи, які на рівні окремих норм вважаємо необхідним співвідносити з видозмінами норм Загальної частини КК.

Порівняно з кількістю змін, які зазнала Особлива частина КК, здавалось би, кількість змін у Загальній частині — мізерна. Але якість цих змін, їхнє значення не може навіть порівнюватися з новелами Особливої частини.

З вересня 2001 р. по червень 2025 р. кількість законів, якими вносилися зміни в КК, становила 273 закони. З них на Загальну частину припадало приблизно 15% всіх змін. Але вони стосувалися таких важливих питань, як:

1) дія закону в часі[350];

2) запровадження нових обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння[351];

3) зміна умов звільнення від кримінальної відповідальності, від покарання та його відбування[352];

---

[350] Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності : Закон № 270-VI від 15.04.2008. *Відомості Верховної Ради*. 2008. № 24. Ст. 236.

[351] Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану : Закон № 2124-IX від 15.03.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20#n5

[352] Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності : Закон № 270-VI від 15.04.2008. *Відомості Верховної Ради.* 2008. № 24. Ст. 236 ; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Ланцаротської конвенції) : Закон № 1256-IX від 18.02.2021. *Відомості Верховної Ради України.* 2021. № 20. Ст. 187 ; Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених : Закон № 2472-IX від 28.07.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2472-20#n6 ; Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального

4) нові покарання та спеціальні правила призначення окремих видів покарань[353];

5) класифікація злочинів[354];

6) інститут інших заходів кримінально-правового характеру[355];

кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо виконання рішень Європейського суду з прав людини : Закон № 2690-IX від 18.10.2022. *Відомості Верховної Ради України.* 2023. № 28. Ст. 96 ; Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо закриття кримінального провадження у зв'язку з втратою чинності законом, яким встановлювалася кримінальна протиправність діяння : Закон № 2810-IX від 01.12.2022. *Відомості Верховної Ради.* 2023. № 29. Ст. 108 ; Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за катування : Закон № 2812-IX від 01.12.2022. *Відомості Верховної Ради.* 2023. № 51. Ст. 128 ; Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо запровадження інституту умовно-дострокового звільнення осіб від відбування покарання для безпосередньої їх участі в обороні країни, захисті її незалежності та територіальної цілісності : Закон № 3687-IX від 08.05.2024. *Відомості Верховної Ради.* 2024. № 30. Ст. 217 ; Про внесення зміни до статті 77 Кримінального кодексу України щодо застосування конфіскації майна в разі звільнення від відбування основного покарання з випробуванням : Закон № 4120-IX від 05.12.2024. *Відомості Верховної Ради.* 2025. № 20. Ст. 67.

353

[353] Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності : Закон № 270-VI від 15.04.2008. *Відомості Верховної Ради.* 2008. № 24. Ст. 236 ; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за окремі правопорушення у сфері безпеки дорожнього руху : Закон № 1231-IX від 16.02.2021. *Відомості Верховної Ради.* 2021. № 21. Ст. 188 ; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність : Закон № 2108-IX від 03.03.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n12 ; Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей несення військової служби в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці : Закон № 2839-IX від 13.12.2022. *Відомості Верховної Ради.* 2023. № 56. Ст. 65 ; Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо удосконалення видів кримінальних покарань: закон № 3342-IX від 23.08.2023. *Відомості Верховної Ради.* 2023. № 92. Ст. 356 ; Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо позбавлення державних нагород за популяризацію або пропаганду держави–агресора чи вчинення інших протиправних дій проти України : Закон № 4074-IX від 20.11.2024. *Відомості Верховної Ради.* 2025. № 18. Ст. 49.

[354] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності : Закон № 4025-VI від 15.11.2011. *Відомості Верховної Ради України.* 2012. № 25. Ст. 263.

[355] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового

7) запровадження інституту заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб[356];

8) визначення корупційних правопорушень та обмежень, які тягнуть їх вчинення[357];

9) створення інституту пробації[358];

10) запровадження інституту обмежувальних заходів[359] та ін.

Не говорячи вже про запровадження інституту кримінальних правопорушень з поділом їх на злочини та кримінальні проступки, та всіма пов'язаними з цим змінами[360].

Якщо виходити з того, що норма кримінального права апріорі відсильна, то аналізуючи зміни в Загальній частині відзначимо, що всі вони утворюють гіпотезу кримінально-правової норми, адже описують загальні правила й умови застосування норм Особливої частини КК. Відповідно, кожна зі змін гіпотези (Загальної частини) впливає на норми Особливої частини, на які відповідна гіпотеза поширюється.

режиму для України : Закон № 222-VII від 18.04.2013. *Відомості Верховної Ради.* 2014. № 11. Ст. 131.

[356] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб : Закон № 314-VII від 23.05.2013. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 12. Ст. 183 ; Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо вдосконалення механізмів притягнення юридичних осіб до відповідальності за підкуп посадових осіб іноземних держав : Закон № 4111-IX від 04.12.2024. *Відомості Верховної Ради*. 2025. № 19. Ст. 60.

[357] Про Національне антикорупційне бюро України : Закон № 1698-VII від 14.10.2014. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 47. Ст. 2051 ; Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України щодо вдосконалення відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування : Закон № 1576-IX від 29.06.2021. *Відомості Верховної Ради*. 2021. № 35. Ст. 299.

[358] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення виконання кримінальних покарань та реалізації прав засуджених : Закон № 1492-VIII від 07.09.2016. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 43. Ст. 736.

[359] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами : Закон №2227-VIII від 06.12.2017. *Відомості Верховної Ради.* 2018. № 5. Ст. 34.

[360] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон №2617-VIII від 22.11.2018. *Відомості Верховної Ради.* 2019. № 17. Ст. 71.

Саме тому ми і пропонуємо зміни норм Загальної частини називати реформами — їх значення глобальне для норм, які описують диспозиції та санкції.

Звертаючись до механіки таких змін, що значно важливіше для оцінки динаміки кримінального права ніж зміст таких змін, зазначимо, що первинність реформ (змін норм Загальної частини) є більш значущим для динаміки ніж інновації (зміни норм Особливої частини) з наступних причин:

1) перші описують умови і правила застосування других;

2) перші відтворюють первинні принципи кримінального права і несуть основні ідеологеми кримінального переслідування, описаного у других;

3) невідповідність першим унеможливлює реалізацію других.

Перенасиченість же інноваціями, які не відповідають гіпотезі, призводить до необхідності повної деконструкції кримінального права, що саме зараз ми і спостерігаємо у відкритих матеріалах Робочої групи з розвитку кримінального права.

Підсумовуючи вищевикладене, спробуємо визначити послідовність траєкторії певної норми кримінального права, її логічний і послідовний життєвий шлях не лише як одиниці в динаміці кримінального права, а як логічної трикомпонентної структури, покликаної регулювати певні види відносин між людьми.

В такій структурі мають бути присутні всі елементи норми права: гіпотеза, диспозиція і санкція. Гіпотеза кримінально-правової норми є сукупністю умов, які поширюються на певні диспозицій, настання яких тягне санкції. Але і диспозиція, і санкція в кримінальному праві відповідають гіпотезі, положення якої охоплюють всю Загальну частину. Будь-яка зміна в ній є первинною і впливає на всі статті Особливої частини, які підпорядковані тим умовам, які змінюються. Отже, виникнення, зміна або припинення норми Загальної частини КК є зміною умов «життя» відповідних норм Особливої частини.

Інновації ж, а саме зміни диспозицій чи санкцій норм Особливої частини, безумовно, мають лише відповідати гіпотезі, визначеній у Загальній частині.

Але саме через ескалацію кількості змін в Особливій частині найбільш і виявляється необхідність реформ Загальної частини. Якщо Особлива частина переповнюється новими нормами, які конкретизують діяння або посилюють відповідальність за нього, очевидно, це є упущенням кримінально-правової політики формування Загальної частини — в частині ідеології, нереалізованості принципів, цілей КК тощо.

Таким чином, траєкторія норми кримінального права, хоча, дійсно, і має виступати одиницею в динаміці, але не може сприйматися як рух будь-якого з елементів такої норми, а має цілком охоплювати життєпис всіх елементів відповідної норми: її гіпотези, диспозиції та санкції.

За таких умов стає зрозумілим, що наступність стає тим самим зв'язком, який поєднує норму не лише з її попередниками та іншими нормами, — вона обумовлює і взаємозв'язок всередині самої норми кримінального права. Аналогічно, і узгодженість — є критерієм відповідності всіх елементів норми один одному.

Тому під траєкторію норми кримінального права слід розглядати послідовність — від виникнення через зміни до припинення існування усієї сукупності її елементів: гіпотези, диспозиції та санкції, які можуть відображуватися в зміні не лише однієї, а низки статей КК та інших нормативних актів.

Висновки. Отже, траєкторія кримінально-правової норми представляє собою одиничний елемент в динаміці кримінального права, який описує динаміку кримінально-правової норми від моменту її виникнення до зникнення. В межах динаміки кримінального права міститься траєкторія всіх його норм, які підкоряються напрямам розвитку такого права. Зміна траєкторії однієї норми впливає на життєдіяльність інших норм, і в залежності від такого впливу, її траєкторія позитивно чи негативно впливає на рух інших норм: прискорює, гальмує, зупиняє або змінює конструктивний рух на деструктивний.

Усталеними нормами можна назвати норми кримінального права, які історично були сформовані його доктриною і містять ознаки наступності та узгодженості, а новелами — норми, які безпосередньо (в певній редакції) виникли внаслідок законодавчих інновацій, у тому числі, ті, які були прийняті внаслідок імплементації та уніфікації норм міжнародного права.

Якщо йдеться про усталені норми, які відчувають на собі необхідні трансформації під тиском міжнародних приписів або вимог часу, ми маємо справу з розвитком норм, який є еволюційним. Якщо ж міжнародні вимоги та розвиток суспільства диктують нові напрями криміналізації чи декриміналізації, то справу маємо з виникненням нових норм, що є революційним розвитком.

Під траєкторію норми кримінального права слід розуміти послідовність етапів її життєдіяльності від виникнення через зміни до припинення існування усієї сукупності її елементів: гіпотези, диспозиції та санкції, які можуть відображуватися в зміні не лише однієї, а низки статей КК. Будь-яка зміна гіпотези (норм Загальної частини) є первинною

і впливає на всі статті Особливої частини, які підпорядковані тим умовам, які змінюються. Інновації (зміни диспозицій чи санкцій норм Особливої частини) мають відповідати гіпотезі, визначеній у Загальній частині.

Досягнення оптимальності законодавства зводиться до дотримання вимоги його внутрішньої погодженості, особливо при здійсненні процесу криміналізації. Та ж залежність має бути врахована і в процесі подальшого вдосконалення існуючих у законодавстві норм.

Внутрішня узгодженість права можлива за дотримання наступних вимог:

1) злагодженості нормативних актів;

2) несуперечності в системі законодавства;

3) логічного зв'язку між нормативними приписами;

4) відсутності прогалин у змісті закону;

5) виключення непотрібних повторень;

6) неприпустимості законодавчих надмірностей і збереження в чинному законодавстві норм, що фактично втратили своє призначення.

Формулювання кримінально-правових норм вимагає досягнення відповідності між формою закону і його сутністю, задумом законодавця і його втіленням. Необхідним є дотримання правил законодавчої техніки, а саме: стрункість кримінально-правової норми, однаковість використання технічних прийомів її побудови, витриманість атрибутики, максимальна компактність викладу, строгість стилю, ясність мови, визначеність термінології. Вимога стрункості архітектоніки містить у собі: 1) уніфікований підхід до позначення структурних частин статті (букви або цифри); 2) однакове формулювання заголовків статей; 3) встановлення відносного співвідношення між частинами та пунктами статей.

Підтримуємо пропозицію дати легальне визначення використовуваних у кримінальному законі дефініцій, шляхом формулювання окремої статті у КК для тих термінів, які найчастіше зустрічаються у кримінальному законі та повинні мати однакове розуміння. В інших випадках тлумачення окремих дефініцій може надаватися за існуючою традицією — у відповідних статтях (або на початку відповідного розділу), але за умови їх логічного розташування. Немає необхідності визначати ясні й зрозумілі всім речі. Але якщо тлумачення змісту або значення терміна, наявного в нормативно-правовому акті, ймовірно може виявитися складним для його адресата, тоді такому терміну доцільно дати легальне визначення.

Мова кримінального закону повинна бути ясною, стислою й точною. Ясність кримінального закону досягається за рахунок неухильного

дотримання норм літературної мови (правил лексики, синтаксису, пунктуації, стилістики) у процесі законотворчості, вживання слів і виразів у їх прямому, буквальному значенні, роз'яснення спеціальної термінології, використання переважно простих, нерозгорнутих фраз. Стислість кримінального закону припускає граничну стислість, компактність викладу тексту кримінального закону, надання йому якості видимості. Точність кримінального закону вимагає єдності застосовуваної термінології (одне поняття має позначатися тим самим терміном і навпаки, в тому числі при використанні нормами регуляторного і кримінального права), застосування однозначних термінів, що виключають двозначність і багатозначність їх тлумачення, єдності способів викладу однотипних формулювань, відмови від синонімії.

Вимога повноти опису найважливіших ознак складу кримінального правопорушення, яка має сполучатися з максимальною стислістю і компактністю їх викладу, досягається завдяки використанню відсильних і бланкетних диспозицій. Негативні сторони використання бланкетних диспозицій можуть бути нейтралізовані наступними способами:

а) встановлення кримінальної відповідальності лише за порушення тих підзаконних актів, необхідність прийняття яких прямо передбачена законами;

б) докладний опис в тексті кримінально-правової норми ознаки суспільно небезпечних наслідків і форми вини;

в) вказівка в диспозиції на найбільш типові способи заподіяння шкоди в результаті порушення відповідних норм.

Інформація, яка розміщена в бланкетній диспозиції, повинна чітко визначати саме кримінально-правовий зміст, який на неї покладається, і водночас має чітко відсилати не до порушень абстрактних актів, а, в ідеалі, називати такі акти. Досягти цього можна шляхом використання гіперпосилань, котрі дають змогу вільного переходу від одного тексту до іншого.

Вірогідно, на це питання корисно дивитися взагалі з перспективи утворення нових платформ законодавства, які б не лише включали посилання на підстави зміни тих чи інших законів, але й прямо вказували на пов'язані зміни, демонстрували рішення наддержавних органів, які стосуються тих чи інших норм.

Розділ 4. ПРОБЛЕМА СТАТУСУ ПОТЕРПІЛОГО ВІД КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ

Анатолій МУЗИКА,
доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, провідний науковий співробітник відділу проблем кримінальної юстиції та кримінології Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7822-5889

Анотація. Метою цього дослідження є розробка теоретичної моделі потерпілого від кримінального правопорушення, унормування якої має забезпечити формування реального статусу зазначеної особи — гарантувати ефективну і справедливу реалізацію компенсаційної функції кримінального права у кожному кримінальному провадженні.

Наголошується, що сьогодні потерпілий від кримінального правопорушення, відповідно до поглядів багатьох спеціалістів, перебуває за межами кримінально-правових відносин. Стверджується, що до складу учасників кримінальних правовідносин належать не лише держава і правопорушник, а, щонайменше, потерпілий від злочину чи кримінального проступку (у кримінально-правовому сенсі) та юридична особа (у статусі потерпілого за КПК України), якщо такі фігурують у кримінальному провадженні.

Обґрунтовується необхідність відмови від поняття «цивільний позов у кримінальному провадженні», а також від статусу «цивільний позивач» і «цивільний відповідач» у кримінальному провадженні. В інтересах потерпілого прокурор у кримінальному провадженні має пред'являти до певної особи кримінально-правовий позов (зазначений термін наразі пропонується до наукового обігу). Наведено аргументи на користь такого концепту.

За кримінальним правом пропонується визнавати, поряд з іншими, ще й компенсаційну функцію, без якої соціальна обумовленість кримінально-правового регулювання втрачає свій сенс. Серед визначених завдань у Кримінальному кодексі України (ст. 1) необхідно передбачити також завдання щодо забезпечення компенсації (відшкодування) завданої потерпілому шкоди.

Цей Кодекс варто доповнити розділом IV-1 «Потерпілий від кримінального правопорушення», в якому відобразити, щонайменше, такі положення: кримінально-правове визначення поняття «потерпілий від кримінального правопорушення», яким слід визнавати лише фізичну

особу; спеціальну статтю з назвою «Відшкодування (компенсація) шкоди потерпілому» — на кшталт назви ст. 127 КПК України, ст. 1177 ЦК України «Відшкодування (компенсація) шкоди фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення»).

Компенсаційна функція кримінального права у запропонованій моделі слугуватиме, окрім іншого, формуванню громадської думки: вчинення будь-якого кримінального правопорушення є для винуватого завжди економічно невигідним конфліктом. Це, своєю чергою, посилить запобіжну функцію.

Пропонується розробити й ухвалити Закон України «Про потерпілих від кримінального правопорушення».

Ключові слова: потерпілий від кримінального правопорушення; жертва злочину; потерпілий у кримінальному провадженні; цивільний позов у кримінальному провадженні; цивільний позивач; цивільний відповідач; компенсаційна функція кримінального права; кримінально-правовий позов; презумпція правоти потерпілого; відшкодування шкоди, завданої війною; кримінальна відповідальність.

Anatoly MUZYKA,

THE PROBLEM OF THE VICTIM'S STATUS FROM A CRIMINAL OFFENSE

Abstract. The purpose of this study is to develop a theoretical model of a victim of a criminal offense, the normalization of which should ensure the formation of the real status of the specified person — to guarantee the effective and fair implementation of the compensatory function of criminal law in every criminal proceeding.

It is emphasized that today the victim of a criminal offense, according to the views of many specialists, is outside the boundaries of criminal-legal relations. It is claimed that the participants in criminal legal relations include not only the state and the offender, but at least the victim of a crime or criminal misdemeanor (in the sense of criminal law) and a legal entity (in the status of a victim under the Criminal Procedure Code of Ukraine), if such appear in criminal proceedings.

The need to abandon the concept of "civil lawsuit in criminal proceedings" and the status of "civil plaintiff" and "civil defendant" in criminal proceedings is substantiated. In the interests of the victim, the prosecutor in criminal proceedings must file a criminal lawsuit against a certain person (the specified term is currently proposed for scientific circulation). Arguments in favor of such a concept are presented.

According to criminal law, it is proposed to recognize, along with others, a compensatory function, without which the social conditioning of criminal law regulation loses its meaning. Among the defined tasks in the Criminal Code of Ukraine (Article 1), it is necessary to provide for the task of ensuring compensation (compensation) for the harm caused to the victim.

This Code should be supplemented with section IV-1 "Victim of a criminal offense", in which to display at least the following provisions: the criminal law definition of the term "victim of a criminal offence", which should recognize only a natural person; a special article entitled "Reparation (compensation) for damage to the victim" — similar to the title of Art. 127 of the CPC of Ukraine, Art. 1177 of the Civil Code of Ukraine "Reparation (compensation) of damage to an individual who suffered from a criminal offense").

The compensatory function of criminal law in the proposed model will serve, among other things, to shape public opinion: the commission of any criminal offense is always an economically disadvantageous conflict for the guilty party. This, in turn, will strengthen the preventive function.

It is proposed to develop and adopt the Law of Ukraine "On Victims of Criminal Offenses".

Key words: a victim of a criminal offence; crime victim; victim in criminal proceedings; civil action in criminal proceedings; civil plaintiff; civil defendant; compensatory function of criminal law; criminal law suit; presumption of justice of the victim; compensation for damage caused by war; criminal liability.

1. Сучасна правова доктрина вирізняє кримінально-правове, кримінологічне і кримінальне процесуальне поняття потерпілого. Звісно, цілком правомірно виокремлювати й адміністративно-правове поняття потерпілого, а також міжнародно-правове — від злочинів, передбачених, зокрема, Римським статутом. Вважаємо, що для зручності використання кримінально-правове поняття доцільно називати потерпілим від кримінального правопорушення; кримінологічне — жертвою злочину; кримінальне процесуальне — потерпілим у кримінальному провадженні.

Кримінальний кодекс України словом «потерпілий» (у різних відмінках) послуговується близько 100 разів. Окрім узагальненого поняття, значно частіше в кримінальному законі вживаються терміни, що позначають окремі види потерпілих від злочинів чи кримінальних проступків. До прикладу, про неповнолітнього, у такому значенні, йдеться, зокрема, у п. 6 ч. 1 ст. 67, ст. 137, 152 КК; про громадянина України — у статтях 350, 352 КК; про державного чи громадського діяча — у статтях 112, 346 КК. Закон, окрім того, наголошує на обставинах, пов'язаних з

потерпілим, — наприклад, передбачені такі види поведінки потерпілого, як неправомірні чи аморальні дії (п. 7 ч. 1 ст. 66 КК), або такий його стан, як безпорадність (ст. 135, ч. 3 ст. 143 КК), матеріальна або інша залежність від винуватого (ч. 2 ст. 120, ч. 2 ст. 303 КК).

Багаторазове згадування особи потерпілого у кримінальному законі зумовило й теоретичне осмислення проблем, пов'язаних з аналізованим феноменом. До них належать, зокрема, поняття й ознаки потерпілого від злочину в кримінальному праві, його місце в складі злочину, відмінності між поняттями потерпілого і предмета кримінального правопорушення, поняття псевдопотерпілого (що введено до наукового обігу А. А. Музикою та Є. В. Лащуком), значення потерпілого від кримінального правопорушення для кваліфікації заборонених кримінальним законом діянь особи[361]. Важливе значення для кримінально-правової доктрини має також проблема заподіяння шкоди зі згоди «потерпілого»[362].

Саме на розв'язання зазначених проблем спрямовані зусилля багатьох вітчизняних і зарубіжних вчених. Серед них — Ю. В. Баулін, В. І. Борисов[363], О. О. Дудоров[364], Т. І. Присяжнюк[365], М. В. Сенаторов[366], І. М. Ткаченко[367], В. О. Туляков[368], праці яких присвячені вченню про потерпілого від злочину в кримінальному праві.

---

[361] Про ці та інші проблеми див. докладно : Музика А. А., Лащук Є. В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання : монографія. Київ : ПАЛИВОДА А. В., 2011. С. 63–88.

[362] Про це див., наприклад : Баулин Ю. В. Причинение вреда с согласия «потерпевшего» как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Харьков : Изд-во «Кроссроуд», 2007. 96 с.

[363] Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / Колектив авторів ; за заг. ред. Ю. В. Бауліна, В. І. Борисова. Харків : Вид-во Кроссроуд, 2008. 364 с. ; Борисов В. І. Вибрані твори. Харків : Право, 2018. С. 420–428 ; Борисов В. І. Вибрані твори. Кн. 2. Харків : Право, 2023. С. 289–298 ; 372–376 ; 393–396.

[364] Дудоров О. О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ : Ваіте, 2017. С. 55–59.

[365] Присяжнюк Т. І. Потерпілий від злочину: проблеми правового захисту. Київ : Центр учб. літ., 2007. 240 с.

[366] Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві ; за наук. ред. В. І. Борисова. Харків : Право, 2006. 208 с.

[367] Ткаченко І. М. Сучасні концепції потерпілого від кримінального правопорушення в теорії кримінального права. *Вісник Пенітенціарної асоціації України*. 2021. № 4 (18). С. 73–85.

[368] Туляков В. О. Апроксимація кримінального права України у контексті законодавчої роботи ЄС: перспективи та методи. *Вісник Національної академії правових наук України*. Харків : Право, 2023. Т. 30, № 3. С. 323–335; Tuliakov Viacheslav, Savinova Nataliia. Colonizing criminal law: towards new architecture of criminal code. *Вісник Асоціації кримінального права*

Кримінологічні дослідження проблем вчення про жертву злочину здійснювалися, зокрема, такими вченими, як В. В. Голіна[369] (віктимологічне попередження: загальна характеристика, його види та основні напрямки; соціальні та психологічні чинники кримінологічної віктимізації в Україні, інші теми), О. М. Джужа[370], А. О. Джужа[371]. Тут варто виокремити творчий доробок вже згаданого В. О. Тулякова, який упродовж багатьох років активно опановує цю проблематику і продукує нові ідеї (правові та кримінологічні), адресовані широкому читацькому загалу — науковцям і практикам[372]. Кримінально-процесуальні проблеми потерпілого найбільш повно відображені, зокрема, у працях таких процесуалістів, як О. А. Банчук, І. О. Дмитрієва, Б. В. Малишев, З. М. Саідова[373], М. І. Гошовський, О. П. Кучинська[374], Н. Б. Федорчук, В. Т. Нор[375], М. В. Сіроткіна[376], О. Г. Шило[377].

України, 2024. № 2 (22) С. 53–74 (укр. : «Колонізація кримінального права: до нової архітектури кримінального кодексу»).

[369] Голіна В. В. Вибрані праці. Харків : Право, 2020. С. 114–142; 345–354 ; 577–590.

[370] Джужа О. М. Запобігання злочинам: кримінолого-віктимологічна парадигма: монографія. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2015. 331 с.

[371] Джужа, А. О. Теоретичні та практичні засади віктимологічного запобігання злочинам в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2018. 522 с.

[372] Туляков В. А. Виктимология (социальные и криминологические проблемы) : монография. Одесса : Юрид. л-ра, 2000. 336 с. ; Туляков В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової віктимології. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії.* Вип. 1. Одеса, 2002. С. 266–274 ; Туляков В. А. Виктимологические проблемы применения нового Уголовного кодекса Украины. *Новий Кримінальний кодекс України: питання застосування і вивчення.* Київ–Харків, 2002. С. 234–238 ; Туляков В. А. Виктимология уголовного закона (пути реконструкции разделов I и II Общей ч*асти УК Украины). Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики* : матеріали 2-ї міжнар. наук.-практ. конф. : у 2 т. Т. 1. (Одеса, 8 жовтня 2010 р.). Одеса, 2010. С. 307–310 ; Туляков В. Віктим-орієнтований підхід у кримінальному праві: концептуальні засади трансформації системи правосуддя. *Юридичний вісник України*. 2025. № 12 (1545). 11–20 черв. С. 34–35. URL: https://dspace.onua.edu.ua/server/api/core/bitstreams/8a7da7f7-0c2f-4c8f-a374-7733218d8162/content

[373] Відшкодування потерпілим від насильницьких злочинів: європейські стандарти і зарубіжне законодавство : збірник документів ; за заг. ред. О. А. Банчука. Київ : Москаленко О. М., 2015. 268 с.

[374] Гошовський М. І., Кучинська О. П. Потерпілий у кримінальному процесі України. Київ : Юрінком Інтер, 1998. 189 с.

[375] Федорчук Н. Б., Нор В. Т. Захист прав потерпілих від злочину в англо-американській правовій системі та кримінальному судочинстві України : монографія. Київ : Правова єдність, 2009. 192 с.

[376] Сіроткіна М. В. Компенсація моральної шкоди в кримінальному судочинстві України: монографія. Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет ім. В. Стефаника, 2009. 145 с.

[377] Професор Ольга Шило. Творчий спадок. Харків : Право, 2023. С. 119–123.

На тлі російської агресії проти України набула злободенного характеру міжнародно-правова проблематика потерпілих від злочинів, що вчиняються комбатантами ворожої армії. Це наболіле для нас і цивілізованого світу явище актуалізовано, зокрема, у працях О. В. Капліної[378], С. П. Рабіновича[379], О. В. Ступак[380], І. О. Ізарової, О. І. Угриновської та Ю. Ф. Гартман[381], О. Костюченко і Д. Стеценко[382], Г. О. Христової[383], В. О. Тулякова[384]. Посилаючись на схвальну оцінку Ганни Христової щодо важливості наукового

---

[378] Капліна О., Шаренко С. Проблеми відшкодування збитків, завданих громадянинові внаслідок збройної агресії: кримінальний процесуальний аспект. *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики*. 2022. Вип. 2 (27). С. 12–31. URL: https://khrife-journal.org/index.php/journal/article/view/518/585 378

[379] Рабінович Сергій. Науковий коментар до Резолюції Генеральної Асамблеї ООН ES-11/5 «Сприяння правовому захисту та забезпечення відшкодування шкоди у зв'язку з агресією проти України», ухваленої 14 листопада 2022 р. *Право України*. 2024. № 8. С. 24–30. URL: http://jnas.nbuv.gov.ua/article/UJRN-0001531470 379

[380] Ступак Ольга. Відшкодування шкоди, завданої війною. Верховний Суд. Полтава, 2 травня 2025 р. 62 с. URL: https://court.gov.ua/storage/portal/supreme/Vidshkodyvanna_skody_2025_02_05.pdf 380

[381] Ізарова Ірина, Угриновська Оксана, Гартман Юлія. Відшкодування збитків, завданих війною: дослідження проблеми на прикладі збройної агресії російської федерації проти України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка.* Юридичні науки. 2(126)/2023. С. 34 — 53.

[382] Костюченко О., Стеценко Д. Відшкодування потерпілим шкоди, завданої в результаті воєнних злочинів. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія ПРАВО*. Випуск 90 : частина 4. 2025. С. 267–272. URL: https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2025/09/39-3.pdf 382

[383] Khrystova G. Compensation for Damage Caused by the Aggression Against Ukraine: Victims-Centered Approach in Light of Human Rights Standards. *Право України*. 2025. № 7. С. 71–87 (укр. : «Компенсація збитків, завданих агресією проти України: підхід, орієнтований на постраждалих, у світлі стандартів прав людини»).

[384] Туляков В. Віктимологічні засади кримінального права України: на шляху до апроксимації міжнародних стандартів. *Вісник Асоціації кримінального права України*, 2023. № 2 (20) С. 1–25 ; Tuliakov V. Victims of international crimes through the war in Ukraine: human rights discourse / victimología y violencia: conectar con las víctimas. / victimology and violence: connecting with victims. — thomson-reuters(aranzadi), 2023, p.p. 23–34. Available at SSRN: https://dspace.onua.edu.ua/items/66e88e33-1721-4340-b3c1-7bc6a5085e05 ; Tuliakov V. Victim-oriented approach in east-european criminal law: conceptual foundations for justice system transformation (June 13, 2025). Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5292103 ; Tuliakov V. Victimization and Victim-Oriented Development of Ukrainian Doctrine of Criminal Law through European Union Dimensions. *International Annals of Criminology* (2025), 1–22. Available at SSRN: https://dspace.onua.edu.ua/server/api/core/bitstreams/b0458025-2424-4335-b3e7-438a65635e62/content 384[1] 384[2] 384[3]

коментаря С. П. Рабіновича, виказуємо своє переконання – всі згадані праці мають «надзвичайну академічну та праксеологічну цінність».

Треба наголосити, що державою ухвалено низку нормативно-правових актів, спрямованих на часткове подолання негативних наслідків повномасштабної агресії російської федерації проти України. Це зокрема:

Закон України «Про компенсацію за пошкодження та знищення окремих категорій об'єктів нерухомого майна внаслідок бойових дій, терористичних актів, диверсій, спричинених збройною агресією російської федерації проти України, та Державний реєстр майна, пошкодженого та знищеного внаслідок бойових дій, терористичних актів, диверсій, спричинених збройною агресією російської федерації проти України» від 23.02.2023 № 2923-IX;

постанова КМУ від 26.03.2022 № 380, якою затверджено Порядок подання інформаційного повідомлення про пошкоджене та знищене нерухоме майно внаслідок бойових дій, терористичних актів, диверсій, спричинених збройною агресією РФ проти України;

постанова КМУ від 21.04.2023 № 381, якою затверджено Порядок надання компенсації для відновлення окремих категорій об'єктів нерухомого майна, пошкоджених внаслідок бойових дій, терористичних актів, диверсій, спричинених збройною агресією РФ, з використанням електронної публічної послуги «єВідновлення»;

постанова КМУ від 30.05.2023 № 600, якою затверджено Порядок надання компенсації за знищені об'єкти нерухомого майна;

постанова КМУ від 13.06.2023 № 624, якою затверджено Порядок ведення Державного реєстру майна, пошкодженого та знищеного внаслідок бойових дій, терористичних актів, диверсій, спричинених збройною агресією РФ проти України[385].

Упродовж останніх років триває процес створення міжнародного компенсаційного механізму, який має забезпечити впровадження реальних інструментів відшкодування шкоди за рахунок конфіскованих російських активів (суверенних та приватних активів, які зберігаються в ЄС та інших розвинених країнах). Його повний запуск та реальна компенсація потерпілим особам залежить від створення та функціонування Компенсаційного фонду, що сьогодні є найбільшим викликом для

[385] Див. : Щодо проєкту Закону (реєстр. № 7385 від 17.05.2022) : Лист Міністерства юстиції України від 12.04.2024 № 57039/3268-1-24/8.1.1. URL: https://dap.nazk.gov.ua/uploads/osr-182/zahid-820/zahid-progress-4729/organ-15/890-334871757-668e5462553b4.pdf

сторін цього компенсаційного механізму, а також для світових лідерів[386].

Ще у 2004 р. на державному рівні проголошувалось: «Потребують вирішення питання статусу потерпілих, розширення їх прав у кримінальному судочинстві»[387]. На жаль, ця проблема дотепер залишається нерозв'язаною.

Варто зауважити, що у Верховній Раді України зареєстровано декілька законопроєктів, які стосуються відшкодування потерпілим шкоди, завданої внаслідок агресії рф[388]; у 2025 р. вони включені до порядку денного.

Метою нашого дослідження є розробка теоретичної моделі потерпілого від кримінального правопорушення, унормування якої має забезпечити формування реального статусу зазначеної особи — гарантувати ефективну і справедливу реалізацію компенсаційної функції кримінального права у кожному кримінальному провадженні.

2. Вітчизняне кримінальне законодавство має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від кримінально-протиправних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання кримінальним правопорушенням (ч. 1 ст. 1 КК). Отже, кримінальне право виконує насамперед охоронну функцію. Окремі норми кримінального права спрямовані на виконання регулятивної функції (наприклад, норми про звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання, про судимість) або є заохочувальними (зокрема, норми про необхідну оборону, які виключають кримінальну протиправність діяння за умови правомірного захисту від суспільно небезпечного посягання). Для кримінального права притаманними є також запобіжна і виховна функції. Як правило,

386

387

388[1]

388[2]

[386] Див. : Стан впровадження міжнародного компенсаційного механізму (станом на липень 2025 року). URL: https://epl.org.ua/announces/stan-vprovadzhennya-mizhnarodnogo-kompensatsijnogo-mehanizmu-stanom-na-lypen-2025-roku/

[387] Концепція забезпечення захисту законних прав та інтересів осіб, які потерпіли від злочинів : Указ Президента України від 28 грудня 2004 року. № 1560/2004. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1560/2004#Text

[388] Див., зокрема : Проєкт Закону «Про відшкодування шкоди, завданої потерпілому внаслідок збройної агресії Російської Федерації» від 17.05.2022 № 7385. URL: https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Bills/Card/39602 ; Проєкт Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо судового розгляду справ про відшкодування шкоди, завданої внаслідок збройної агресії проти України» від 18.07.2022 № 7520-1. URL: https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Bills/Card/40016

і найперше, саме на зазначених функціях наголошується в юридичній літературі.

Попри такий підхід вважаємо цілком справедливим (а тому — виправданим) визнавати за кримінальним правом ще й компенсаційну функцію[389], без якої соціальна обумовленість кримінально-правового регулювання втрачає свій сенс. Особливо це проявляється тоді, коли охоронна і запобіжна функції «не спрацювали». Це може стосуватися, зокрема, таких випадків: шкода заподіяна несуб'єктом злочину; злочин не розкрито; постановлено неправосудний вирок; засуджений не виконує вироку суду. Окрім того, потерпілий від злочину може відмовитися від компенсації завданої йому шкоди. За таких обставин його частка в компенсації, в порядку *de lege ferenda*, має переходити в дохід держави (про це йтиметься далі).

3. Зміст наведеної норми, якою розпочинається КК, однозначно свідчить про те, що правове забезпечення охорони інтересів людини, причому правослухняної людини, є першочерговим завданням цього Кодексу. Втім подальший його перегляд змушує стверджувати протилежне. Песимістичний настрій надто посилюється під час гортання сторінок Кримінального процесуального кодексу України. Хоча так само, як і в КК, в ньому домінує передусім такий акцент: «Завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень…» (ч. 1 ст. 2 КПК).

Мені часто пригадуються слова М. Й. Коржанського: «Наш Кримінальний кодекс — це батьківська турбота про злочинця», тоді як потерпілий — «попелюшка» кримінального правосуддя (О. І. Бойко). Та що там Кодекс! Передусім Основний Закон України формує відповідне ставлення. Так, у ньому чимало уваги приділено правам затриманих і заарештованих (ст. 29), невинуватих і обвинувачених (ст.ст. 62, 63), підозрюваних, підсудних і засуджених (ст. 63). У цьому ж аспекті серед засад судочинства передбачено «забезпечення доведеності вини» і «забезпечення обвинуваченому права на захист» (ст. 129). Коли йдеться про право на

389

[389] Проблема компенсаційної функції досліджується у цивільно-правовій доктрині. Див., зокрема : Борисова В. І., Приступа С. Н. Компенсаційна функція цивільного права і цивільно-правова відповідальність: питання співвідношення та взаємозв'язку // Проблеми цивільної відповідальності : монографія. Харків : Право, 2014. С. 54–67 ; Рубан О. О. Реалізація компенсаційної функції в цивільному праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. Вип. 61. Т. 1. 2020. С. 80–83. URL: https://visnyk-jurisuzhnu.com/wp-content/uploads/2021/02/20-2.pdf
Вбачаємо корисним подальше пізнання цієї функції на міжгалузевому рівні. Компенсаційна функція кримінального права заслуговує бути предметом дисертації чи іншого монографічного дослідження.

правову допомогу, то держава піклується передусім саме про зазначених осіб, яким «у випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно» (ст. 59). Натомість слово «потерпілий» (чи «постраждалий», «жертва») в Основному Законі України навіть не згадується.

Водночас в українській Конституції велично закарбовано:

«Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю.

Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» (ст. 3).

Наведені положення є базовими, на них вітчизняний законодавець має орієнтуватися повсякденно і повсюдно. На жаль, у своїй діяльності він ще не виправдовує очікувань суспільства. Ось лише один приклад, що ілюструє нехтування парламентом Конституції України. Законом України «Про внесення змін до Закону України "Про застосування амністії в Україні" та інших законодавчих актів України» від 02.06.2011 (набув чинності 01.01.2012) передбачалося, що амністія не може бути застосована, зокрема, до: «… є) осіб, які не відшкодували завдані ними збитки або не усунули заподіяну злочином шкоду» (ст. 4)[390]. Пізніше, за наявності на ту пору цієї справедливої умови у базовому Законі про амністію, на підставі вето колишнього президента-злочинця аналогічна новела з надуманих мотивів зазнала відторгнення в Законі «Про амністію у 2011 році» та була вилучена із Закону «Про застосування амністії в Україні»[391]. Тим часом згаданий Закон від 02.06.2011 і тепер залишається чинним.

4. Праворозуміння кожного із нас слід наповнити усвідомленням того, що Кримінальний кодекс України адресований будь-якій людині, котра мешкає (не торкаючись винятків) на території нашої держави, а в окремих випадках, передбачених цим Кодексом, він визнається чинним щодо кримінальних правопорушень, вчинених громадянами України, іноземцями або особами без громадянства і за межами України (статті 7, 8). Це означає, що до складу учасників кримінальних правовідносин належать не лише держава і правопорушник, а, щонайменше, потерпілий від злочину чи кримінального проступку

390

391

[390] Про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні» та інших законодавчих актів України» : Закон України від 02.06.2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3465-17#Text

[391] Про внесення змін до деяких законів України щодо застосування амністії в Україні : Закон України від 06.05.2014 (п. 1 ч. 2). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1246-18#n15

(у кримінально-правовому сенсі) та юридична особа (у статусі потерпілого за КПК), якщо такі фігурують у кримінальному провадженні.

Однак сьогодні потерпілий від кримінального правопорушення, відповідно до поглядів багатьох спеціалістів, перебуває за межами кримінально-правових відносин. З якого ж тоді дива вони виникають у випадках, коли від злочину безпосередньо чи опосередковано потерпає конкретна людина? Адже, наприклад, усім добре відома ситуація, за якої потенційний підозрюваний ніколи не набуде статусу обвинуваченого і засудженого, якщо у справі про вбивство відсутній труп потерпілого. Своєю чергою цей факт свідчитиме про відсутність події злочину і відповідно — підстави виникнення кримінально-правових відносин.

Отже, необхідно докорінно переглянути науковий погляд на кримінально-правові відносини, згідно з яким останні виникають та існують між суб'єктом кримінального правопорушення і державою в особі уповноважених на те державних органів: дізнання, досудового слідства, прокуратури, суду, органів системи виконання кримінальних покарань та їх службових осіб.

Кримінальний кодекс України — це договір між державою та її громадянами щодо: а) соціального порозуміння про цінності цього Кодексу та б) правових наслідків для учасників конфлікту у разі вчинення суспільно небезпечного діяння. Тому це не домовленість між державою і винятково правопорушником. Кримінально-правові відносини, що виникають у зв'язку із вчиненим злочином чи кримінальним проступком (суспільно небезпечним діянням), фактично не обмежені лише двома учасниками — державою і винуватим. Вважаємо продуктивним і таким, що ґрунтується на положеннях Конституції України та вітчизняного Кримінального кодексу, визнання доктриною наявності у складі кримінально-правових відносин фігури потерпілого від кримінального правопорушення (суспільно небезпечного діяння), а за певних обставин, у разі відсутності суб'єкта злочину — також неосудного, неповнолітнього, малолітнього. Хіба з урахуванням останньої обставини кримінально-правові відносини не породжуються?

З приводу аналізованого питання вважаємо слушним, на користь нашої позиції, привернути увагу до визначення поняття «сторони кримінального провадження», запропоноване в КПК. Сторони кримінального провадження — це, «з боку обвинувачення: слідчий, дізнавач, керівник органу досудового розслідування, керівник органу дізнання, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник у випадках, установлених цим Кодексом; з боку захисту: підозрюваний, особа, стосовно якої зібрано достатньо доказів для повідомлення про

підозру у вчиненні кримінального правопорушення, але не повідомлено про підозру у зв'язку з її смертю, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники» (п. 19 ч. 1 ст. 3).

5. Традиційно компенсаційна функція кримінального права реалізується через пред'явлення цивільного позову у кримінальному провадженні. Цивільним позивачем у кримінальному провадженні визнається: фізична особа, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової та/або моральної шкоди; юридична особа, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової шкоди, та яка в порядку, встановленому цим Кодексом, пред'явила цивільний позов (ч. 1 ст. 61 КПК). Без власної ініціативи (пред'явлення цивільного позову) заінтересованими особами, зокрема прокурором, зазначене питання судом не розглядається. Як не дивно, це — право потерпілої сторони.

Тут слід привернути увагу до обставини, що має принципове значення. Пригадаймо: завдана кримінальним правопорушенням істотна шкода (і навіть можливість її заподіяння) фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі є сутністю такої обов'язкової ознаки поняття кримінального правопорушення, як його суспільна небезпека (ст. 11 КК). Отже, процесуальні положення щодо цивільного позову у кримінальному судочинстві не узгоджені з визначенням поняття злочину за КК. До речі, цей Кодекс **не вживає понять** *«цивільний позов», «цивільний позивач», «цивільний відповідач»*.

Загалом аналізована ситуація щодо цивільного позову виглядає дивною. У цьому аспекті законодавство, по суті, відмовляється визнавати відповідне кримінально каране діяння злочином чи кримінальним проступком, оскільки нівелює настання відповідних правових наслідків для винуватого і потерпілого. Дивує і те, що у межах кримінально-правових відносин принципові питання кримінальної відповідальності вирішуються шляхом застосування засобів іншої галузі права: цивільний відповідач у кримінальному провадженні «несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану кримінально протиправними діями (бездіяльністю) підозрюваного, обвинуваченого…» (ч. 1 ст. 62 КПК). До того ж: «Особа, яка не пред'явила цивільного позову в кримінальному провадженні, а також особа, цивільний позов якої залишено без розгляду, має право пред'явити його в порядку цивільного судочинства (ч. 7 ст. 128 КПК). Доволі своєрідне запрошення до нових тривалих поневірянь у судових

інстанціях. За що така кара потерпілому від кримінального правопорушення?

6. Від поняття *«цивільний позов у кримінальному провадженні»*, а також від статусу *«цивільний позивач»* і *«цивільний відповідач»* у кримінальному провадженні необхідно відмовитися. До чого тут цивільне право?

Поєднання в одній особі, з одного боку, потерпілого і цивільного позивача, з іншого — підозрюваного (обвинуваченого) і цивільного відповідача видається штучним і шкідливим рудиментом. За такого підходу вирішення питань кримінальної відповідальності, пов'язаних з відшкодуванням потерпілому завданої шкоди, значною мірою перекладається на його плечі і переноситься у площину цивільної відповідальності. Таке собі гуманне «розвантаження» кримінальної відповідальності винуватого.

7. До обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, належать, зокрема, вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат (п. 3 ч. 1 ст. 91 КПК). Причому за загальним правилом обов'язок (тягар) доказування цих обставин покладається на слідчого, прокурора; лише в установлених цим Кодексом випадках, — на потерпілого (ч. 1 ст. 92 КПК). Тому ні про який цивільний позов не повинно мовитись. Заміна правового статусу потерпілого на роль цивільного позивача є неприпустимою. Питання про відшкодування завданої шкоди безпосередньо пов'язане з кримінальним правопорушенням, його слід вирішувати незалежно від волі та побажань потерпілого і винятково у кримінальному провадженні. Для цього передусім необхідно внести відповідні корективи до КК, КПК та ЦК.

Зокрема, КК варто доповнити розділом IV-1 «Потерпілий від кримінального правопорушення», в якому відобразити, щонайменше, такі положення:

кримінально-правове визначення поняття «потерпілий від кримінального правопорушення», яким слід визнавати лише фізичну особу;

спеціальну статтю з назвою «Відшкодування (компенсація) шкоди потерпілому» — на кшталт назви ст. 127 КПК, ст. 1177 ЦК «Відшкодування (компенсація) шкоди фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення»);

підозрюваний, обвинувачений *зобов'язаний* відшкодувати шкоду (зокрема упущену вигоду), завдану потерпілому, територіальній громаді, державі внаслідок кримінального правопорушення;

відшкодування шкоди здійснюється у *грошовому еквіваленті*, без урахування вартості повернутих потерпілому речей, цінностей та інших предметів (факт повернення зазначених предметів може бути врахований як пом'якшуюча обставина);

завдана шкода компенсується із *застосуванням коефіцієнта 4 та з урахуванням інфляції* (половина нарахованої суми належатиме потерпілому);

якщо потерпілий відмовляється від компенсації завданої йому шкоди, всі кошти зараховуються в дохід держави, територіальної громади;

беручи до уваги віктимну поведінку потерпілого (наприклад, у разі засудження особи за ст. 116 чи ст. 118 КК), суд при визначенні виду і розміру шкоди може не застосувати коефіцієнт і не врахувати інфляцію або взагалі позбавити потерпілого відповідної компенсації;

у випадках та порядку, передбачених законом, завдана потерпілому шкода компенсується йому за рахунок Державного бюджету України;

в інтересах потерпілого прокурор у кримінальному провадженні пред'являє до певної особи *кримінально-правовий позов* (зазначений термін наразі пропонується до наукового обігу).

Відповідно до чинного закону цивільний позов у кримінальному провадженні можливо пред'явити до підозрюваного, обвинуваченого *або до фізичної чи юридичної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду*, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння (ч. 1 ст. 128 КПК). Саме до таких *відповідачів у кримінальному провадженні*, які за законом несуть цивільну відповідальність, має пред'являтися не цивільний, *а кримінально-правовий позов*; і не потерпілим, а прокурором.

8. З проблемою компенсаційної функції кримінального права, її реального гарантування пов'язана низка інших проблем.

Зокрема, вже неодноразово пропонувалося запровадити презумпцію правоти потерпілого. Саме так, на противагу презумпції невинуватості. Це цілком відповідає основним засадам судочинства — «рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом» і «змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості» (пункти 1, 3 ч. 2 ст. 129 Конституції України).

З метою усунення несправедливого ставлення у кримінальному праві та процесі до потерпілого від кримінального правопорушення, подолання декларативного характеру аналізованих норм, видається актуальним зміна відповідних положень у законодавстві, що стосуються зворотної дії кримінального закону у часі. Це питання можливо вирішити,

наприклад, шляхом доповнення ст. 5 КК таким текстом: закон про кримінальну відповідальність, що скасовує кримінальну протиправність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, **не має зворотної дії у часі**, *якщо винуватий не відшкодував шкоду, завдану потерпілому, територіальній громаді, державі внаслідок кримінального правопорушення.* Оскільки порушене питання належить до сфери конституційного регулювання, вимагається спочатку внести відповідні корективи до Основного Закону України (ч. 1 ст. 58).

9. У підсумку зазначимо таке.

Життя давно вимагає концептуальних змін у законодавстві — з тим, аби потерпілий від кримінального правопорушення набув статусу фігури № 1 у кримінальному праві та кримінальному провадженні. Одним із правових наслідків вчинення злочину має стати реальне, повне і швидке відновлення справедливості в інтересах потерпілого, територіальної громади, держави. З цією метою питання щодо відшкодування компенсації завданої потерпілому шкоди має вирішуватися виключно у кримінальному провадженні.

Серед визначених завдань у Кримінальному кодексі України (ст. 1) варто передбачити також завдання щодо забезпечення компенсації (відшкодування) завданої потерпілому шкоди.

Існує потреба доповнити цей Кодекс розділом IV-1 «Потерпілий від кримінального правопорушення», в якому зокрема:

визначити кримінально-правове поняття потерпілого від кримінального правопорушення (ним може бути лише фізична особа);

унормувати статус потерпілого — відповідні положення передбачити у статті «Відшкодування (компенсація) шкоди потерпілому».

Необхідно розробити й ухвалити Закон України «Про потерпілих від кримінального правопорушення».

Компенсаційна функція кримінального права у запропонованій моделі слугуватиме, окрім іншого, формуванню громадської думки: вчинення будь-якого кримінального правопорушення є для винуватого завжди економічно невигідним конфліктом. Це, своєю чергою, посилить запобіжну функцію.

Розділ 5. ОБЧИСЛЮВАЛЬНЕ КРИМІНОЛОГІЧНЕ АРГУМЕНТУВАННЯ ТА ЙОГО РОЛЬ В РАЦІОНАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ

Микола КАРЧЕВСЬКИЙ,
доктор юридичних наук, професор, професор кафедри права та публічного управління Університету Короля Данила; головний науковий співробітник наукової лабораторії проблем штучного інтелекту і права Державної наукової установи «Інститут інформації безпеки права» Наукового центру цифрової трансформації і права

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2693-3592

Анотація. У розділі обґрунтовано доцільність інтеграції обчислювальної соціальної науки та кримінології як міждисциплінарного напряму, що забезпечує перехід від фрагментарного емпіричного аналізу до комплексного дослідження злочинності з використанням великих масивів даних. Запропоновано визначення обчислювального кримінологічного аргументування як процесу обґрунтування положень про злочинність, її причини, особистість злочинця, заходи запобігання, який здійснюється шляхом методологічно послідовного отримання нових знань з даних, що збираються та обробляються автоматизовано.

Представлено результати реалізації дослідницьких проєктів, які демонструють потенціал обчислювального кримінологічного аргументування, зокрема створення аналітичної платформи CrimeDataLab. Використання платформи дозволило ідентифікувати системні проблеми кримінально-правового регулювання в Україні: примітивізацію протидії злочинності, неоптимальну антинаркотичну політику, проблеми декриміналізації дрібних посягань на власність, виклики ресоціалізації військовослужбовців.

Виявлено критичні обмеження офіційної кримінальної статистики: низьку сумісність даних різних органів, методологічні розбіжності, потенційну упередженість через інституційні інтереси. Обґрунтовано необхідність створення комплексної системи інформаційного

забезпечення кримінально-правового регулювання та впровадження альтернативних методів оцінки ефективності протидії злочинності.

Розглянуто перспективи використання штучного інтелекту для раціоналізації кримінально-правового регулювання на правозастосовчому та законодавчому рівнях, проаналізовано ризики алгоритмічних упереджень та шляхи їх мінімізації через застосування пояснюваного ШІ.

Доведено, що обчислювальне кримінологічне аргументування є перспективним інструментом раціоналізації кримінально-правової правотворчості та правозастосування, здатним суттєво підвищити якість законодавчих рішень.

Ключові слова: кримінально-правове регулювання, примітивізація протидії злочинності, CrimeDataLab, відкриті дані, цифровий моніторинг, статистичні дані, автоматизована обробка, відтворюване дослідження, штучний інтелект.

Mykola KARCHEVSKYI,

COMPUTATIONAL CRIMINOLOGICAL ARGUMENTATION AND ITS ROLE IN THE RATIONALIZATION OF CRIMINAL LAWMAKING

Summary. The chapter substantiates the feasibility of integrating computational social science and criminology as an interdisciplinary field, ensuring a transition from fragmented empirical analysis to comprehensive crime research using large data arrays. A definition of computational criminological argumentation is proposed as a process of substantiating provisions about crime, its causes, the offender's personality, and prevention measures. This is achieved through the methodologically consistent acquisition of new knowledge from data collected and processed automatically.

The results of research projects demonstrating the potential of computational criminological argumentation are presented, with a particular focus on the creation of the CrimeDataLab analytical platform. Using the platform enabled the identification of systemic problems in criminal law regulation in Ukraine: primitivization of crime counteraction, suboptimal anti-drug policy, issues with decriminalisation of petty property offences, and challenges in military personnel resocialization.

Critical limitations of official criminal statistics were identified: low compatibility of data from different agencies, methodological discrepancies, and potential bias due to institutional interests. The necessity of creating a comprehensive information support system for criminal law regulation

and implementing alternative methods to assess the effectiveness of crime counteraction is substantiated.

Perspectives on using artificial intelligence to rationalise criminal law regulation at law enforcement and legislative levels are examined, with analysis of algorithmic bias risks and ways to minimise them through explainable AI application.

It is proven that computational criminological argumentation is a promising tool for rationalising criminal law legislation and law enforcement, capable of significantly improving the quality of legislative decisions.

Key words: criminal law regulation, simplification of crime prevention, CrimeDataLab, open data, digital monitoring, statistical data, automated processing, reproducible research, artificial intelligence.

1. Обчислювальне кримінологічне аргументування

Недостатня якість суспільствознавчих наукових досліджень — не нова проблема. Повністю підтримую Б. Г. Розовського: «Давайте на час охолодимо емоції та поміркуємо: чи могли б називатися наукою фізика або механіка, якщо б їх досягнення обмежувалися геніальним винаходом колеса?»[392] Сьогодні фізика здатна точно визначити, скільки енергії потрібно для переміщення будь-якого об'єкта з однієї точки простору в іншу. Наприклад, розрахувати вид і кількість пального для виведення супутника на орбіту Землі. При цьому методика обчислень може враховувати численні параметри й буде ефективною у будь-який час.

Чи можемо ми з такою ж упевненістю сприймати результати суспільних наук? Оптимальний спосіб правового регулювання певних відносин, визначений у межах однієї сфери, з великою ймовірністю не спрацює в іншій. Рекомендації, отримані за підсумками соціологічних досліджень, здебільшого матимуть цінність лише локально. Звідси постає низка запитань: чи можна вважати суспільствознавство повноцінною наукою? Чи справді воно виявляє тенденції й закономірності розвитку суспільства?

Очевидно, що опис суспільних процесів у математичних формулах значно складніший, ніж моделювання руху тіла в просторі. Проте нині технологічний прогрес відкриває новий рівень пізнання соціальної

[392] Розовський Б. Г., Карному кодексу слід надати нагадування-епіграф: «багато розстріляних було посмертно реабілітовано!» Актуальні проблеми права: теорія і практика. № 2 (40). 2020. С. 38–39

сфери: інформатизація забезпечує величезні масиви даних, а сучасні методи їх аналізу дають змогу суттєво оновити методологію та результати суспільних наук.

«Зростаюча інтеграція технологій у наше життя надає доступ до безпрецедентних обсягів даних про повсякденну поведінку суспільства. Такі дані відкривають нові можливості для роботи в напрямі розуміння наших складних соціальних систем у рамках нової дисципліни, відомої як обчислювальна соціальна наука (*Computational Social Science*)». Це зазначено в Маніфесті обчислювальної соціальної науки[393] А. Манн влучно називає результати, що отримує дана наука, «поглядом на суспільство у великій розподільчій здатності (*in high resolution*)»[394] .

Інтеграція інформатики та соціальних наук дає достатньо цікаві результати. Методи обробки інформації ефективно застосовуються для розв'язання складних соціальних проблем. Серед них: встановлення особливостей внутрішньої структури соціальних груп на основі мережевого аналізу[395], автоматизована обробка звернень у системах електронного урядування (*e-government*)[396], алгоритмізація визначення фейкових новин[397], розв'язання проблем оптимізації оборони[398] тощо.

---

393 [393] Manifesto of Computational Social Science R. Conte, N. Gilbert, G. Bonelli, C. Cioffi-Revilla, G. Deffuant, J. Kertesz, V. Loreto, S. Moat, J. Nadal, A. Sanchez, A. Nowak, A. Flache, M. San Miguel, and D. Helbing. European Physical Journal Special Topics EPJST, 2012. URL: https://www.bibsonomy.org/publication/20c26ecde5981441fee65c48864bb02b6/everyaware_bib (дата зверн. :19.04.2021).

394 [394] Mann, A. Core Concept: Computational social science. PNAS. January, 19, 2016, 113 (3), 468–470 ; DOI : https://doi.org/10.1073/pnas.1524881113

[395] Sepide Fotoohi, Shahram Saeidi, «Discovering the Maximum Clique in Social Networks Using Artificial Bee Colony Optimization Method», International Journal of Information Technology and Computer Science (IJITCS), Vol. 11, No. 10, pp. 1–11, 2019. DOI : 10.5815/ijitcs.2019.10.01.

[396] Gunay, Y. Iskandarli, «Applying Clustering and Topic Modeling to Automatic Analysis of Citizens' Comments in E-Government», International Journal of Information Technology and Computer Science (IJITCS), Vol. 12, No. 6, pp. 1–10, 2020. DOI : 10.5815/ijitcs.2020.06.01.

[397] Bodunde Akinyemi, Oluwakemi Adewusi, Adedoyin Oyebade, «An Improved Classification Model for Fake News Detection in Social Media», International Journal of Information Technology and Computer Science (IJITCS), Vol. 12, No. 1, pp. 34–43, 2020. DOI : 10.5815/ijitcs.2020.01.05.

[398] Tanmoy Hazra, CRS Kumar, Manisha J. Nene,»Strategies for Searching Targets Using Mobile Sensors in Defense Scenarios», International Journal of Information Technology and Computer Science (IJITCS), Vol. 9, No. 5, pp. 61–70, 2017. DOI : 10.5815/ijitcs.2017.05.08.

Використання обчислювальної соціальної науки для розв'язання завдань, що стоять перед юриспруденцією, також є достатньо перспективним. Дослідники отримали можливість працювати з надвеликими обсягами інформації, ставити завдання, які раніше неможливо було розв'язати. Водночас, всебічного аналізу потребує визначення напрямів, доцільності та меж використання обчислювальної методології у сфері права. Комплекс проблемних питань дослідження злочинності з використанням інформаційних технологій нами об'єднано поняттям «обчислювальне кримінологічне аргументування»[399].

Аргументування визначається як «процес обґрунтування людиною певного положення (твердження, гіпотези, концепції) з метою переконання в його істинності, слушності»[400]. Правове аргументування є однією з актуальних проблем сучасної юридичної науки[401]. Кримінологічне аргументування є видом правового й стосується злочинності, її причин, особистості злочинця, заходів запобігання. Кримінологічне аргументування оперує положеннями, що відносяться як до кримінально-правового регулювання, так і до пов'язаних зі злочинністю соціальних процесів.

Соціальна динаміка є необхідним контекстом аналізу даних про використання права. Так, вибухове зростання з 2014 року злочинів проти основ національної безпеки пояснюється саме контекстом — військовою агресією РФ проти України. Падіння облікованих правопорушень

[399] Карчевський М.В. Обчислювальне кримінологічне аргументування: поняття, можливості та перспективи використання. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2022. № 4(100). С. 112–126. URL: https://doi.org/10.33766/2524-0323.100.112-126

399

[400] Філософський енциклопедичний словник : энциклопедия / НАН України, Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди ; голов. ред. В. І. Шинкарук. Київ : Абрис, 2002. С. 36.

[401] Рабінович П. М. Правова аргументація: терміно-понятєвий інструментарій дослідження / П. М. Рабінович, Т. І. Дудаш. Вісник Національної академії правових наук України. 2016. № 2. С. 8–20. URL: http://nbuv.gov.ua/ UJRN/vapny_2016_2_3 ; 3. Дудаш Т. І. Особливості аргументування рішень Європейського суду з прав людини (до характеристики методологічних підходів). Право України. 2017. № 4. С. 86–95 ; Feteris E. Foundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions. Argumentation Library. 1999. Vol. 1. 225 p. ; Щербина О. Ю. До питання про розуміння аргументації у логіко-юридичних дослідженнях. Гуманітарні студії. 2014. Вип. 21. С. 45–53.; Stelmach J., Brożek B. Methods of Legal Reasoning. Law and Philosophy Library. 2010. Vol. 78. 236 p. ; Козюбра М. І. Моделі (типи) юридичної аргументації. Наукові записки НаУКМА. Серія «Юридичні науки». 2013. Т. 144–145. С. 3–8. ; Кістяник В. І. Правова аргументація: сучасні підходи до її розуміння в зарубіжних дослідженнях. Наукові записки НаУКМА. Серія «Юридичні науки». 2012. Т. 129. С. 20–22.

401

у сфері обігу наркотиків у 2016 р. не свідчить про те, що в цей рік стало менше відповідних посягань, а відображає складні процеси реформування НП. Тлумачення зростання кількості облікованих зґвалтувань та кількості осіб, засуджених за цей злочин, потребує розгляду даних процесів у контексті ратифікації Україною Стамбульської конвенції.

Обчислювальне аргументування здійснюється шляхом використання інформаційних технологій для збирання, обробки, аналізу та візуалізації даних. Використання інформаційних технологій для дослідження соціальних процесів вивчається обчислювальною соціальною наукою (*computational social science*). Методи цієї науки поділяються на такі групи, як: автоматизація збору даних, аналіз соціальних систем, соціальні геоінформаційні системи, моделювання соціальних систем тощо[402]. Обчислювальна соціальна наука розглядається як міждисциплінарне поле, яке включає математику, статистику, науку про дані (*data science*) та, звичайно ж, науку про суспільство (*social science*)[403]. Своєю чергою, *data science* визначається як набір фундаментальних принципів вилучення інформації та знань із даних[404].

Логіка розглядає аргумент, як «думку, істинність якої уже встановлена раніше і яка може бути використана для обґрунтування істинності довільного положення»[405]. Дані, отримані з використанням сучасних технологій, розглядаються як аргументи тоді, коли вони одержані з дотриманням відповідної методології. Такою, зокрема, є методологія проведення відтворюваного дослідження (*reproducible research*). Аналіз даних вважається відтворюваним, якщо набори аналітичних даних і комп'ютерний код, використаний для створення аналізу даних, надаються іншим для незалежного вивчення та аналізу[406]. У такий спосіб досягається відкритість дослідження й значно збільшується довіра до його результатів.

Отже, обчислювальне аргументування полягає в методологічно послідовному отриманні нових знань з даних, що збираються та

[402] Cioffi-Revilla, C. Computational Social Science. Wiley Interdisciplinary Reviews Computational Statistics, 2(3). May 2010. P. 259–271.

403

[403] Hox, J. J. Computational Social Science Methodology, Anyone? Methodology. 2017, 13, pp. 3–12. URL: https://doi.org/10.1027/1614-2241/a000127

404

[404] Provost, F., Fawcett, T. Data Science and its Relationship to Big Data and Data-Driven Decision Making. Big Data. Mar. 2013, pp. 51–59. URL: http://doi.org/10. 1089/big.2013.1508

[405] Конверський А. Є. Логіка : підручник. 2-ге вид., виправлене / А. Є. Конверський. Київ : ВПЦ «Київський університет», 2017. С. 365.

[406] Peng RD. 2011. Reproducible research in computational science. Science, 334(6060):1226–27.

обробляються автоматизовано. Варто зазначити, що розвиток логічних моделей правового аргументування на тепер відбувається саме на перетині сучасних інформаційних технологій, зокрема штучного інтелекту, та права[407].

Таким чином, обчислювальне кримінологічне аргументування визначимо як процес обґрунтування положень про злочинність, її причини, особистість злочинця, заходи запобігання, який здійснюється шляхом методологічно послідовного отримання нових знань з даних, що збираються та обробляються автоматизовано.

2. Досвід використання обчислювального кримінологічного аргументування

Нами реалізовано дослідницькі проєкти, які дають можливість оцінити потенціал обчислювального кримінологічного аргументування. Зокрема, продемонстровано варіативність джерел інформації, що може бути використана для аналізу. Цілком зрозуміло, що для більшості завдань нами використано статистичні звіти, представлені на офіційних сайтах Офісу Генерального Прокурора України та Державної судової Адміністрації України. Водночас, ці та подібні джерела не єдині, які можна використовувати для обчислювального кримінологічного аргументування. Так, відкрите програмне забезпечення *Web Scraper*[408] дозволяє автоматизовано збирати дані з різноманітних інтернет-джерел. Використовуючи його, нами здійснено збір коментарів до відео про розв'язання РФ війни проти нашої Держави. Воно було розміщено на каналі *YouTube* одного із засобів масової інформації США[409]. На момент проведення аналізу відео мало більше півмільйона переглядів та 2 129 коментарів. Завдяки середовищу для статистичних обчислень R[410] та бібліотеці для нього «tm» (*text mining*)[411], зібрані коментарі було трансформовано у перелік слів, які найчастіше вживалися у

[407] Prakken H., Sartor G., Law and logic: A review from an argumentation perspective. Artificial Intelligence. Volume 227. 2015. P. 214–245. URL: https://doi.org/10.1016/j.artint.2015.06.005

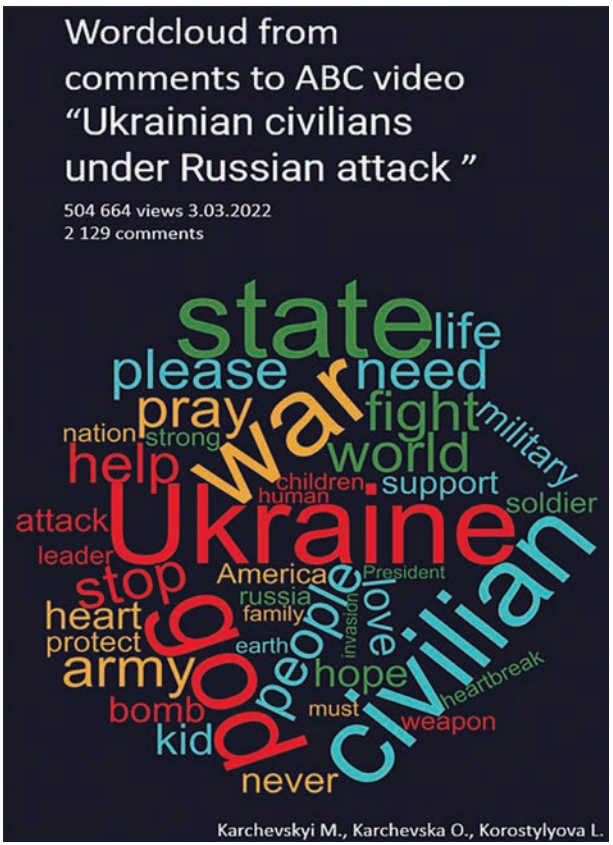
[408] Web Scraper open free documentation. URL: https://www.webscraper.io/documentation

[409] Ukrainian civilians under Russian attack l WNT. ABC News Youtube chanel. URL: https://youtu.be/nBfjsLTxvH8

[410] R Core Team (2022). R: A language and environment for statistical computing. R Foundation for Statistical Computing, Vienna, Austria. URL: https://www.R-project.org/

[411] Feinerer I., Kurt Hornik K., Meyer D. (2008). Text Mining Infrastructure in R. Journal of Statistical Software, 25(5) : 1–54. URL: https://www.jstatsoft.org/v25/i05/

коментарях, обчислено кількість використання кожного з таких слів. Нарешті, із застосуванням одного з онлайн-сервісів побудови візуалізацій типу «хмара тегів»[412], було здійснено графічне представлення даних щодо частоти використаних слів[413]. Отриманий результат (Рис. 1) дає можливість швидко оцінити настрої аудиторії цього ЗМІ щодо злочинного розв'язання РФ війни проти України. Переважними темами коментарів були підтримка України, небезпека шкоди цивільним особам, необхідність протидії агресії.



«Хмара тегів» з коментарів до відео каналу «ABC News» про напад РФ на Україну

412

[412] WordsCloud.com — Free online Wordcloud generator. URL: https://www.wordclouds.com

[413] Розмір шрифту, яким надруковано слово, свідчить про частоту його використання.

Важливим джерелом даних для обчислювального кримінологічного аргументування можуть бути спеціалізовані відкриті бази даних. Наприклад, для дослідження жертв російської агресії в Україні нами було використано базу даних *The Armed Conflict Location & Event Data Project (ACLED)*[414] [21]. Здійснивши запит із бази даних проєкту за ознаками простору та часу отримано інформацію про загиблих у результаті агресії РФ, час смерті та географічні координати місць трагічних подій. Використавши модуль *MS Excel 3D Maps*[415], створено анімацію, яка дозволяє охарактеризувати географічний розподіл воєнних злочинів РФ, вчинених протягом досліджуваного періоду. Примітно, що тривалість створеного відео становить 30 секунд, для його побудови взято масив даних приблизно з 10 тис. показників. Очевидно, що перегляд даних у вигляді таблиці, навіть протягом години, навряд чи забезпечить отримання уявлення про зміст даних краще ніж перегляд відео тривалістю 30 секунд[416].

Обчислювальне кримінологічне аргументування не обмежується тільки візуальним аналізом даних. З використанням методу агентного моделювання (*agent based modelling*) та програмного забезпечення *NetLogo*[417], нами було проведене пілотажне дослідження протидії злочинності на основі створення моделі суспільства. Ключові положення, що характеризують даний метод, наступні: «агент — автономний обчислюваний об'єкт із певними властивостями та діями; агенте моделювання — вид обчислювального моделювання, де явище моделюється шляхом визначення агентів та їх взаємодії»[418]. Реалізується таке моделювання шляхом використання спеціалізованого програмного забезпечення, яке дозволяє описати властивості агентів та обчислювати результати їх взаємодії. Результат застосування такого методу прийнято називати штучним суспільством (*artificial society*), що визначається як «створена з використанням комп'ютерної техніки симуляційна модель суспільства або групи людей, котра базується на агентах та зазвичай

414

415

416

417

[414] ACLED — brining clarity to crisis. URL: https://acleddata.com

[415] Get started with 3D Maps. Microsoft support. URL: https://support.microsoft.com/en-us/office/get-started-with-3d-maps-6b56a50d-3c3e-4a9e-a527-eea62a387030

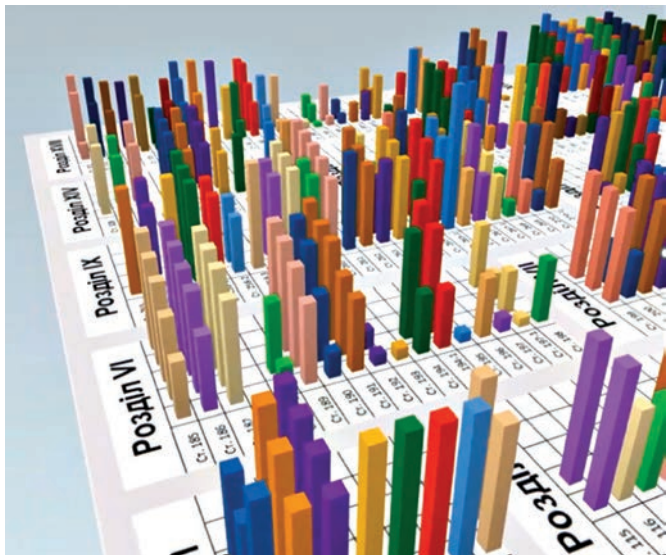
[416] Загиблі через військову агресію РФ проти України. Лютий-жовтень, 2022. URL: https://youtu.be/pGx3nZfXAAI

[417] NetLogo — multi-agent programmable modeling environment. URL: https://ccl.northwestern.edu/netlogo/

[418] Wilensky U., Rand W. (2015). An Introduction to Agent-Based Modeling: Modeling Natural, Social, and Engineered Complex Systems with NetLogo MIT Press. P. 1.

обмежена їх взаємодією в конкретній ситуації»[419]. Шляхом комп'ютерного моделювання було підтверджено важливу гіпотезу: посилення покарання є менш ефективним, ніж заходи, не пов'язані з репресією[420].

Перспективним напрямом дослідження є обчислювальний аналіз законодавчих текстів. Так Нами було розроблено автоматизовану систему дослідження законодавчої оцінки суспільної небезпечності кримінальних правопорушень «InContext». У процесі використання системи було виявлено випадки розбалансованості санкцій кримінально-правових норм, а також встановлено, що провідним трендом розвитку кримінального законодавства є розширення предмету кримінально-правового регулювання та посилення суворості санкцій[421].



Візуалізація суворості санкцій КК системою «InContext»

419 [419] Branke, J. (2011). Artificial Societies. In: Sammut, C., Webb, G.I. (eds) Encyclopedia of Machine Learning. Springer, Boston, MA. URL: https://doi.org/10.1007/978-0-387-30164-8_36

[420] Карчевський М. В. Агентне моделювання — нові можливості дослідження злочинності. Забезпечення правопорядку в умовах коронакризи : матеріали панельної дискусії IV Харків. Міжнар. юрид. форуму, м. Харків, 23–24 верес. 2020 р. / редкол. : В. Я. Тацій, А. П. Гетьман, Ю. Г. Барабаш, Б. М. Головкін. Харків : Право, 2020. С. 93-98

421 [421] Карчевський, М. В., Одинцова, О. В. (2019). Автоматизована система для дослідження законодавчої оцінки суспільної небезпечності діяння «In Context». Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. Вип. 4(88). С. 92–101. URL: https://doi.org/10.33766/2524-0323. 88.92-101

Вважливим результатом роботи щодо використання методів обчислювального кримінологічного аргументування стало створення нами аналітичної платформи *CrimeDataLab* (https://crimedatalab.org/). Під час розробки ми виходили з того, що невід'ємною складовою сучасного демократичного процесу є громадський контроль за роботою правоохоронних і судових органів. Залучення громадян до оцінки та моніторингу діяльності державних структур стає можливим завдяки відкритим даним, які систематично оприлюднюються у вигляді статистики та аналітичних звітів. Такий підхід забезпечує більшу прозорість, об'єктивність і підзвітність роботи правоохоронної та судової системи, підвищує довіру суспільства до державних інституцій та посилює ефективність заходів із запобігання і протидії злочинності.

В Україні бракує інструментів для глибокого аналізу публічних даних у сфері протидії злочинності. Це ускладнює проведення якісних досліджень на основі статистики, обмежує можливість об'єктивно оцінювати результативність правоохоронної діяльності, спричиняє дисбаланс у змінах кримінального законодавства та ускладнює контроль за ходом реформи кримінальної юстиції.

Базові показники кримінально-правового регулювання сьогодні подаються у періодичних звітах у форматі електронних таблиць, доступних для завантаження з вебсайтів ОГП та ДСА України. Проте цей формат значно ускладнює обробку даних. Щоб отримати інформацію про ефективність протидії злочинності на основі відкритої статистики, необхідно виконувати складні технічні операції. Як наслідок, діяльність правоохоронних і судових органів залишається недостатньо прозорою, а механізми демократичного контролю — обмеженими.

Створена нами аналітична платформа CrimeDataLab пропонує інноваційне рішення, яке робить відкриті дані у сфері протидії злочинності в Україні доступними та зрозумілими для широкої аудиторії. Вона не лише забезпечує швидкий аналіз великих масивів кримінальної статистики, але й надає інструменти для інтерактивної роботи з даними, візуалізації складних закономірностей та виявлення тенденцій.

Основні характеристики платформи: 1) період охоплення — дванадцять років (2013–2024); 2) понад 300 параметрів для аналізу застосування кримінального законодавства; 3) понад 14 мільйонів показників роботи системи кримінальної юстиції; 4) режим створення власних візуалізацій та наборів даних із можливістю комбінувати параметри, визначати часові межі, рівень узагальнення та розраховувати відносні величини; 5) режим побудови фонових картограм на основі регіональної статистики.

Особливості платформи можна узагальнити у трьох вимірах: юридичному, алгоритмічному та технічному.

Юридичний аспект полягає у тому, що вхідні дані інтерпретуються з позицій, усталених у правовій науці та найбільш поширених у практиці. Це стосується, зокрема, змісту понять «кримінальне правопорушення», «обліковане правопорушення», «вирок, що набрав чинності» тощо. Логіка відображення процесу протидії злочинності визначається структурою та змістом аналізованих статистичних звітів. У спрощеному вигляді цей процес виглядає так. Правоохоронні органи обліковують певні події як такі, що підлягають дослідженню в межах кримінальних проваджень. У результаті досудового розслідування може бути ухвалено рішення про скерування матеріалів до суду. Це відбувається у чотирьох формах: із обвинувальним актом, із клопотанням про звільнення від кримінальної відповідальності, із клопотанням про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру. Розгляд провадження в суді завершується набранням чинності судовим рішенням, яке може бути чотирьох типів: про засудження, про виправдання, про застосування примусових заходів медичного характеру або про закриття справи. Якщо особа визнається винною, кримінальна відповідальність реалізується у репресивній (призначення покарання) чи ліберальній (звільнення від покарання) формах.

Використані як вхідні дані річні звіти ОГП та ДСА розміщені у відкритому доступі й є результатом виконання цими органами обов'язків, передбачених відповідними нормативно-правовими актами[422].

Алгоритмічний аспект охоплює специфіку реалізації відтворюваного дослідження (reproducible research). Збір даних здійснюється шляхом завантаження звітів, оприлюднених на офіційних вебресурсах Офісу Генерального Прокурора України та Державної судової адміністрації України. Посилання на ці звіти інтегровані у відповідні програмні скрипти. Їх виконання забезпечує отримання локальних копій вхідних даних. Подальша трансформація передбачала перетворення звітів у формат, придатний для автоматизованої обробки («чисті» дані). На основі аналізу структури вхідних звітів були розроблені скрипти очищення, що дозволили сформувати файли лише з показниками кримінально-правового регулювання, прив'язаними до конкретних статей Особливої частини

422¹ 422²

[422] Про затвердження річних форм звітів щодо здійснення правосуддя місцевими та апеляційними судами. Наказ Державної судової адміністрації України від 23.06.2018 № 325. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/card/v0325750-18 ; Про затвердження форм єдиної звітності про стан кримінальної протиправності. Наказ Офіса Генерального Прокурора України від 30.06.2020 № 299. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/v0299905-20

КК. У цих файлах відсутні елементи, які перешкоджають автоматизованій роботі (розмітка таблиць, підсумкові рядки, заголовки тощо). Наступним етапом виконання скриптів є формування з очищених даних добірок та узагальнень, необхідних для подальшої візуалізації. Візуалізація результатів також здійснюється автоматизовано — через виконання скриптів, що використовують отримані добірки та стандартні бібліотеки для графічного подання даних.

Технічний аспект визначається характеристиками використаного програмного забезпечення. Для виконання завдань дослідження використовувалася мова програмування R[423], середовище розробки програмного забезпечення з відкритим вихідним кодом *RStudio*[424]. Розробку оболонки веб-застосунку здійснено з використанням *Shiny R* — програмного середовища для створення інтерактивних програмних продуктів з графічним інтерфейсом на основі мови програмування R. Використано такі бібліотеки (*libraries*) *R*: *shiny*"[425], «*readxl*»[426], «*readr*»[427], «*DT*»[428], «*xlsx*»[429], «*tidyverse*»[430], «*textreadr*»[431], «*stringr*»[432].

Основні функції платформи наступні.

CrimeTracer — інструмент для швидкого аналізу окремих кримінальних правопорушень: динаміка злочинів за статтями Кримінального

[423] R Core Team (2022). R: A language and environment for statistical computing. R. Foundation for Statistical Computing, Vienna, Austria. URL: https://www.R-project.org/

[424] Posit team (2023). RStudio: Integrated Development Environment for R. Posit Software, PBC, Boston, MA. URL: http://www.posit.co/

[425] Winston Chang, Joe Cheng, JJ Allaire, Carson Sievert, Barret Schloerke, Yihui Xie, Jeff Allen, Jonathan McPherson, Alan Dipert and Barbara Borges (2021). shiny : Web Application Framework for R. R package version 1.7.1. URL: https://CRAN.R-project.org/package=shiny

[426] Hadley Wickham and Jennifer Bryan (2022). readxl : Read Excel Files. R package version 1.4.0. URL: https://CRAN.R-project.org/package=readxl

[427] Hadley Wickham, Jim Hester and Jennifer Bryan (2022). readr : Read Rectangular Text Data. R package version 2.1.2. URL: https://CRAN.R-project.org/package=readr

[428] Yihui Xie, Joe Cheng and Xianying Tan (2022). DT : A Wrapper of the JavaScript Library 'DataTables'. R package version 0.22. URL: https://CRAN.R-project.org/package=DT

[429] Adrian Dragulescu and Cole Arendt (2020). xlsx : Read, Write, Format Excel 2007 and Excel 97/2000/XP/2003 Files. R package version 0.6.5. URL: https://CRAN.R-project.org/package=xlsx

[430] Wickham et al., (2019). Welcome to the tidyverse. Journal of Open Source Software, 4(43), 1686. URL: https://doi.org/10.21105/joss.01686

[431] Rinker, T. W. (2021). textreadr: Read Text Documents into R version 1.2.0. Buffalo, New York. URL: https://github.com/trinker/textreadr

[432] Hadley Wickham (2019). stringr : Simple, Consistent Wrappers for Common String Operations. R package version 1.4.0. URL: https://CRAN.R-project.org/package=stringr

кодексу, порівняння кількості матеріалів, переданих до суду, із кількістю засуджених осіб, візуалізація тенденцій реального покарання.

CrimeExplorer — аналіз регіональних особливостей кримінальної статистики: вибір регіону та перегляд ключових показників щодо злочинності, взаємодія з інтерактивною картою, динаміка змін у різних регіонах за окремими статтями КК.

CrimeScale AI — інтелектуальний асистент для аналітики: автоматизований аналіз великих обсягів даних; генерація детальних таблиць, графіків та прогнозних моделей; відповіді на специфічні запити щодо кримінальної статистики (представлено тестовий варіант, робота над остаточним триває).

Інструменти наукового дослідження злочинності: глибокий аналіз злочинності за різними параметрами, підготовка аналітичних вибірок, порівняння даних щодо правоохоронної та судової статистики.

Таким чином, *CrimeDataLab* реалізує комплексний підхід до аналізу кримінальної статистики. Завдяки комбінації бібліотек автоматизованої обробки даних та вбудованому інструменту для роботи з базами даних *SQLite*, платформа забезпечує гнучкість, ефективність та зручність використання для дослідників, аналітиків, правоохоронних органів, організацій громадянського суспільства тощо.

Окремо варто зазначити, що як створена аналітична платформа, так і всі використані програмні продукти та дані представлено у вільному доступі, що є додатковою гарантією відтворення здійсненого дослідження.

3. Аналіз даних кримінальної статистики з використанням CrimeDataLab

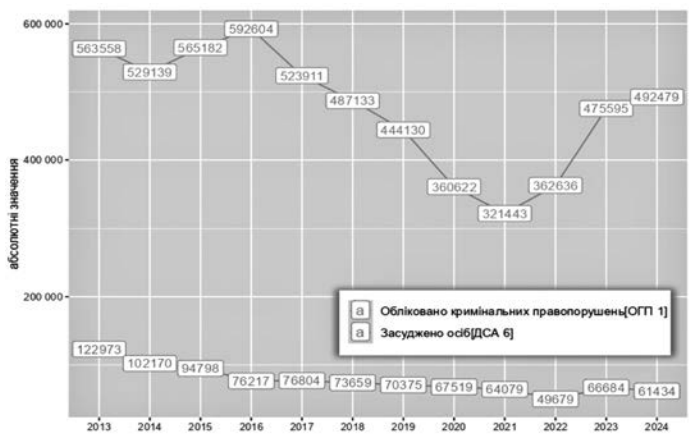
З позицій раціональної парадигми кримінального права, ефективними законодавчими рішеннями у сфері кримінально-правового регулювання слід вважати ті, що забезпечують баланс соціальної значимості охоронюваних благ та обґрунтованого обсягу необхідних соціальних видатків, а саме того обсягу видатків, який держава та суспільство можуть виділити на забезпечення кримінально-правового регулювання. Ефективними рішеннями на правозастосовному рівні кримінально-правового регулювання слід вважати ті, які прийняті відповідно до чинного законодавства та вимагають здійснення соціальних витрат, що відповідають небезпечності конкретного вчиненого кримінального правопорушення[433]. Належною реалізацією публічного інтересу у

[433] Карчевський М. В., Кудінов А. С. Ефективність кримінальноправового регулювання в Україні. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2016. № 4. С. 101–114. URL: https://journal.lduvs.lg.ua/index.php/journal/

функціонуванні інститутів кримінальної юстиції будемо вважати таку, коли більшість рішень на законодавчому та правозастосовчому рівнях кримінально-правового регулювання є ефективними й забезпечують раціональне використання соціального ресурсу.

Дані офіційної статистики є важливим індикатором соціальної стабільності та ефективності правоохоронної системи держави. Україна зіткнулася з численними викликами у сфері протидії кримінальним правопорушенням, що стали наслідком як внутрішніх соціально-економічних факторів, так і зовнішньої військової агресії. Аналіз цих викликів на основі статистики має відомі методологічні обмеження, про них поговоримо далі. Водночас, саме такий аналіз дозволяє сформулювати гострі, але необхідні для обговорення питання. Використання створеної нами аналітичної платформи дає можливість всебічно та під різними кутами розглядати масив статистичних даних за останні 12 років. Це дозволяє ідентифікувати актуальні проблеми кримінально-правового регулювання.

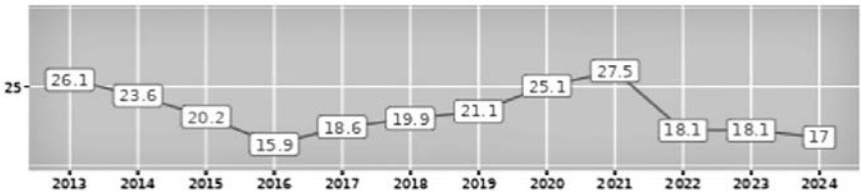
У період з 2013 по 2024 рр спостерігається істотне коливання кількості облікованих кримінальних правопорушень та поступове зменшення кількості засуджених осіб. У 2013 р. було обліковано 563 558 кримінальних правопорушень, засуджено було 122 973 осіб. У 2024 р. було обліковано 492 479 правопорушень (на ~71 тис. менше, ніж у 2013 році). У 2024 р. було засуджено 61 434 особи (менше майже вдвічі).



Кількість облікованих проваджень та засуджених осіб

article/view/537 ; Карчевський М. В., Кудінов А. С. Досвід експертної оцінки кризових явищ у сфері кримінально-правового регулювання. Вісник Асоціації кримінального права України. 2017. № 1(8).С. 163-181.

Навіть враховуючи різні підходи до статистичного обліку кримінальних проваджень (ОГП) та засуджених осіб (ДСА)[434] слід відзначити, що відбулися суттєві трансформації як у кількісному обсязі злочинності, так і в ефективності реагування на неї.



Відношення кількості осіб, судові рішення щодо яких набрали законної сили, до кількості облікових проваджень

В якості маркера діяльності правоохоронних та судових органів є сенс розглянути відношення кількості осіб, щодо яких судові рішення набрали законної сили, до загальної кількості облікових проваджень. Графік динаміки цього співвідношення демонструє кілька важливих трендів:

• зниження в 2016 р. до 15,9% збігається з початком реформи поліції та створенням нових організаційно-правових структур, що на перших етапах викликало істотні коливання в роботі правоохоронної системи;

• зростання до 27,5% у 2021 р. може бути інтерпретоване як тимчасове підвищення результативності кримінального переслідування пов'язане з адаптацією системи до нових умов;

• різке падіння в 2022 р. до 18,1% безпосередньо пов'язане з початком повномасштабного вторгнення РФ, що викликало дестабілізацію судової системи, евакуацію установ, а також масову реєстрацію воєнних злочинів, щодо яких поки що відсутній доступ до виконавців. Надалі показник продовжив знижуватись і досяг 17% у 2024 р.

У підсумку, система кримінальної юстиції демонструє стійку тенденцію зменшення ймовірності того, що обліковане правопорушення завершиться судовим розглядом.

Повторимо, у воєнний час це частково пояснюється об'єктивними причинами: значна частина кримінальних проваджень після 2022 року стосується воєнних злочинів РФ — обстрілів цивільної інфраструктури, вбивств мирного населення, знищення житла, об'єктів критичної інфраструктури

[434] Карчевський М. В. Протидія злочинності в умовах війни: аналіз статистичних даних (2013–2023). Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. 2024. № 2. С. 80–90. DOI: 10.32782/2311-8040/2024-2-12

тощо. Такі події реєструються як кримінальні правопорушення, але в переважній більшості поки що не мають встановлених виконавців.

Причиною може бути і поступова лібералізація реєстрації проваджень. Коли зменшення адміністративного тиску призводить до обліку більшої кількості проваджень, а спірні практики відмови у реєстрації мінімізуються.

Треба визнати, що облік кримінальних правопорушень в Україні є процедурою, що поєднує процесуальну, адміністративну та політичну логіку. Він не є прозорим відображенням рівня злочинності, а тому потребує глибокого осмислення при використанні у дослідженнях або оцінках ефективності правоохоронної системи.

Менше з тим, зростання формальної активності правоохоронних органів, з одночасним скороченням кількості осіб, яких притягують до відповідальності є тенденцією, що реально існує. У таких умовах зростає ризик перенесення зусиль із розслідування небезпечних, але складних правопорушень на так звані «легкі мішені» — справи, які легко облікувати, швидко передати до суду й завершити вироком. Таку тенденцію ми називаємо примітивізацією протидії злочинності.

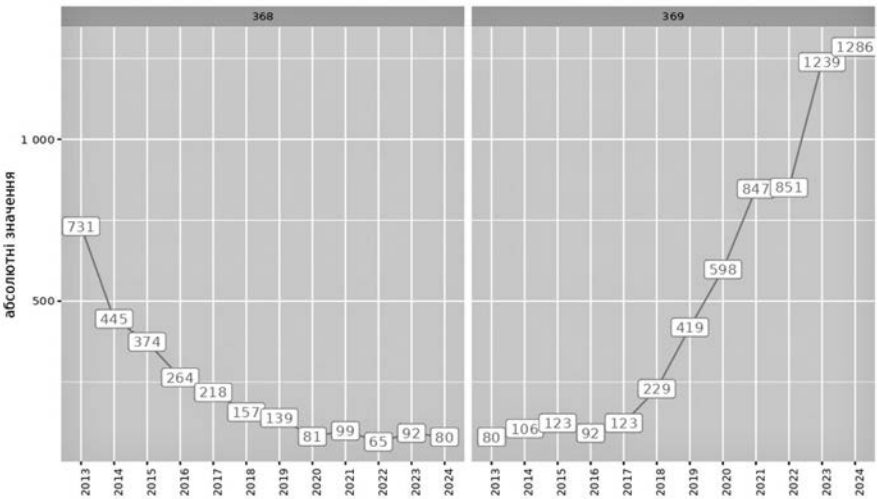
Примітивізація має місце, коли система кримінальної юстиції переорієнтовується на прості справи, що не завжди відповідають реальним загрозам, але дозволяють підтримувати статистичну «ефективність».

Примітивізацією правозастосовчого рівня кримінально-правового регулювання будемо називати ситуацію, коли значна частина судових рішень, пов'язаних із засудженням осіб за певні кримінальні правопорушення, стосується найменш небезпечних форм таких правопорушень за умови фактичної відносної поширеності більш небезпечних форм цих правопорушень. Зрозуміло, що примітивізація є небезпечним явищем оскільки свідчить про зниження ефективності кримінально-правового регулювання.

Використання створеної платформи дозволило ідентифікувати прояви примітивізації у таких сферах правозастосовчого кримінально-правового регулювання як: протидія корупції, протидія незаконному обігу наркотиків, протидія глорифікації дій ворога.

Протидія корупції

Якщо до 2017 р. більшість осіб засуджували за отримання неправомірної вигоди, то, починаючи з 2018 р., за пропозицію неправомірної вигоди. Абсолютні значення ще більш промовисті: у 2013 році за отримання неправомірної вигоди засуджено 731 особу, за пропозицію — 80; у 2024 р. за отримання неправомірної вигоди засуджено 80 осіб, за пропозицію — 1286.

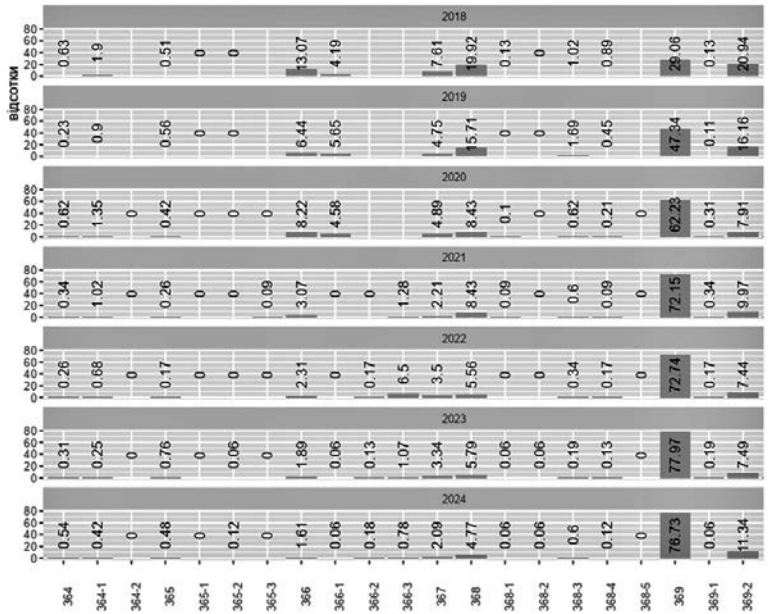


Кількість засуджених за отримання неправомірної вигоди (ст. 368 КК) та пропозицію неправомірної вигоди (ст. 369 КК)

Процес був поступовим, відповідні тенденції зменшення / збільшення кількості засуджених осіб прослідковувалися протягом усього періоду спостережень. З 2018 по 2024 частка засуджених за пропозицію неправомірної вигоди (ст. 369 КК) серед всіх засуджених за так звані «службові злочини» (Розділ XVII Особливої частини КК) збільшилася з 29% до 77%

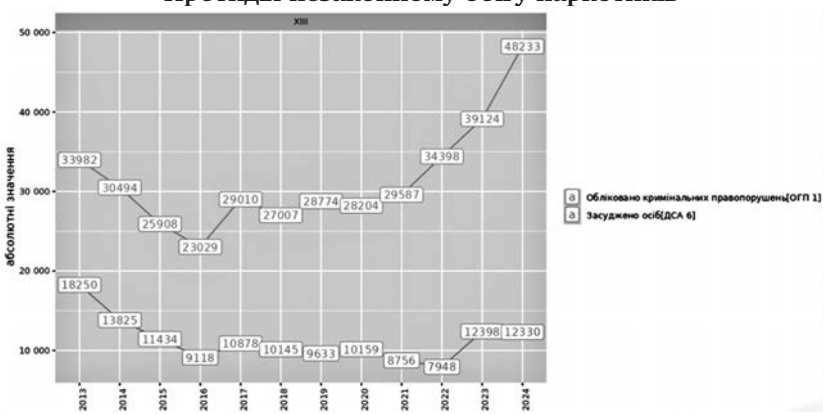
Чи означає це, що головною проблемою протидії корупції в Україні стала пропозиція неправомірної вигоди? Чи відповідають результати функціонування кримінальної юстиції реальній соціальній ситуації? Чи можна стверджувати, що соціальні ресурси, які виділяються на протидію корупції, використовуються раціонально?

Для відповіді на поставлені запитання ми провели розвідувальний контент-аналіз обвинувальних вироків за ст. 369 КК, які було постановлено з та представлено в Єдиному державному реєстрі судових рішень. Переважна більшість стосується майже тотожних обставин: пропозиція неправомірної вигоди поліцейським (прикордонникам) під час виконання ними службових обов'язків у складі добових нарядів (охорона громадського порядку, виконання обов'язків на пункті пропуску через державний кордон тощо). У переважній більшості судових рішеннях йшлося про угоду щодо визнання винуватості.



Відносні значення. Розподіл кількості засуджених за статтями Розділу XVII Особливої частини КК

Протидія незаконному обігу наркотиків



Кількість облікованих проваджень та засуджених осіб за статтями Розділу XIII КК «Кримінальні правопорушення у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші кримінальні правопорушення проти здоров'я населення»

Що ж до сформульованих запитань про відповідність фактичної судової практики соціальному запиту протидії корупції, вважаємо, що відповідь має бути негативною. Навряд чи сукупність актів застосування кримінального права щодо протидії корупції, майже 3/4 якої являє собою засудження по угоді за пропозицію правоохоронцеві в складі добового наряду незначної неправомірної вигоди є такою, що відповідає соціальній потребі.

У період з 2013 до 2016 рр в Україні спостерігалося суттєве зменшення як кількості облікованих правопорушень (з 33 982 до 23 029), так і кількості засуджених осіб (з 18 250 до 9 118). Ключовим чинником цього зниження була масштабна інституційна реформа правоохоронних органів, у межах якої відбулося переформатування організаційних структур, створення нової патрульної поліції, ліквідація старої міліції, зміна керівного складу та перерозподіл повноважень. У цей період система виявилася організаційно дестабілізованою, що спричинило тимчасове зниження здатності обліковувати та ефективно розслідувати злочини.

Крім того, наслідком реформи стало масштабне «вимивання» кадрів. Велика кількість досвідчених працівників залишила службу. Цей процес негативно вплинув на інституційну пам'ять, якість досудового розслідування, а також на здатність виявляти складні злочини, зокрема — організований збут наркотичних речовин.

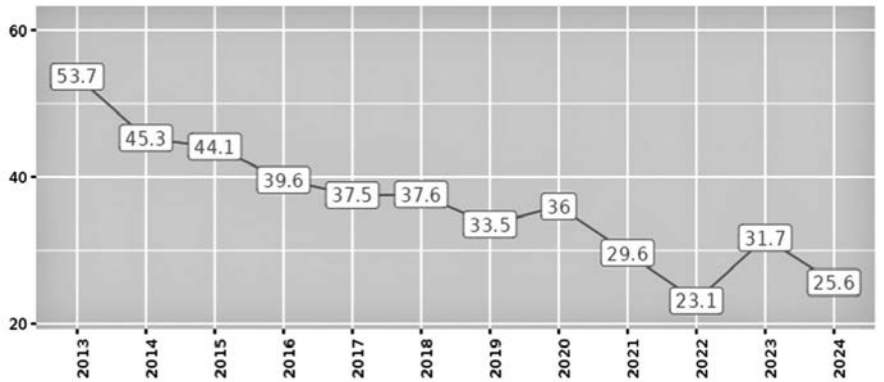
Таким чином, зниження показників 2016 р. має розглядатися не як свідчення ефективності кримінально-правової політики, а як ознака тимчасової дезорганізації правоохоронної системи. Це додатково підтверджує тезу про те, що статистика кримінальних правопорушень є багатофакторним показником, який потребує глибокого контекстуального тлумачення. У цьому випадку вона вказує на ще одну системну проблему — вразливість кримінальної політики до адміністративних реформ без належного кадрового супроводу та аналітичного моніторингу їхніх наслідків.

У 2017–2021 рр рівень облікованих правопорушень залишався відносно стабільним (від 27 000 до 29 000 щороку), тоді як кількість засуджених осіб продовжувала знижуватись.

У 2023–2024 рр відбулося різке зростання кількості облікованих злочинів у сфері обігу наркотиків: 2023 — 39 124 облікованих випадків; 2024 — 48 233 правопорушення (найбільший показник починаючи з 2013 р.).

Попри це, кількість засуджених осіб у 2024 р. (12 330) залишилася на рівні попереднього року, різке збільшення облікованих проваджень

не привело до відповідної динаміки засуджених. Причини такої ситуації повертають нас до проблеми формального збільшення активності правоохоронних органів з одночасним зменшенням ймовірності судового розгляду облікованих правопорушень.



Відношення кількості засуджених до кількості облікованих проваджень. Розділ XIII Особливої частини КК

Промовистою є й динаміка відношення кількості засуджених осіб до кількості облікованих кримінальних проваджень: у 2013 р. цей показник становив 53,7% — тобто понад половина справ завершувалась вироком; надалі коефіцієнт стабільно знижувався: 39,6% у 2016, 33,5% у 2019, 29,6% у 2021; у 2022 р. він досяг мінімуму — 23,1%, після чого у 2023 році піднявся до 31,7%, але вже у 2024 р. знову знизився до 25,6%.

Тенденція примітивізації проявляється у сфері протидії наркозлочинності, проявляється особливо виразно. Відбувається зміщення фокусу з протидії збуту на дрібне зберігання.

Серед умовної тисячі засуджених за незаконні дії з наркотиками (статті 307 та 309 КК) у 2013 р. було б 212 осіб, пов'язаних зі збутом (ст. 307 КК), у 2024 р. — 80. Таким чином, частка засуджених за зберігання наркотиків без мети збуту збільшується, що ставить під сумнів фокус професійної діяльності правоохоронців та судів. Така динаміка з усією очевидністю не відповідає тенденціям незаконного обігу наркотичних засобів. Зрозуміло, що основна проблема протидії наркотизації, це зовсім не засудження осіб, які зберігають наркотики без мети збуту.

Статті 307 та 309 КК. Річний розподіл облікованих проваджень (червоний), скерованих до суду обвинувальних матеріалів (синій) та кількості засуджених осіб (зелений)

Примітивізація у сфері протидії незаконному обігу наркотиків призводить до: концентрації зусиль на споживачах наркотиків, а не на збуті; надмірній увазі до дрібних дій «видимих» суб'єктів, замість фокусування на структурних загрозах; тенденції до збільшення статистичних показників за рахунок «легких мішеней».

Таким чином, кримінально-правова протидія наркозлочинності в Україні демонструє нестабільність та чутливість до організаційних змін. Різке зростання кількості облікованих проваджень у 2023–2024 рр. вказує на загострення проблеми. Водночас, встановлені тенденції примітивізації разом з негативними наслідками реформ є чинниками, що істотно зменшують ефективність протидії.

Тут слід звернути увагу на особливо небезпечний прояв такої неефективності в умовах війни: істотне збільшення військовослужбовців, засуджених за незаконний обіг наркотиків. Якщо, За даними ДСА у 2022 було засуджено 2 138 військовослужбовців, у 2024 р. — 6532. При цьому частка військовослужбовців, засуджених за кримінальні правопорушення в сфері незаконного обігу наркотиків зросла з 9,73% у 2022 р.

до 24,72% у 2024. За ст. 307 КК (збут наркотиків) до 2022 р. в середньому засуджувалося 10 військовослужбовців щороку, у 2024 р. — 35. За ст. 309 КК (зберігання без мети збуту) до 2022 р. в середньому засуджувалося 67 військовослужбовців щороку, у 2024 р. — 1571(!).

Якщо розглядати кількість всіх осіб засуджених за кримінальні правопорушення, передбачені статтями 307 та 309 КК, як 100%, то частка засуджених за ст. 307 КК у 2023 та 2024 рр. буде в межах 7–8%, відповідно ст. 309 КК — 93–92%. Аналогічний розподіл для засуджених військовослужбовців: ст. 307 — 2 %, ст. 309 — 98%. Іншими словами багаторазове збільшення військовослужбовців, засуджених за кримінальні правопорушення в сфері незаконного обігу, стосується діянь, які не пов'язані зі збутом наркотиків.

Збереження чинного підходу, орієнтованого на репресивне переслідування споживачів наркотиків, а не на профілактику, лікування та ресоціалізацію, не вирішує проблему, а лише перетворює її на джерело нових ризиків. Наприклад, криміналізація військовослужбовців за дії, що є радше наслідком бойової травми, породжує зайві бар'єри для їхнього повернення до мирного життя. Судимість обмежує можливості працевлаштування, навчання, соціальної інтеграції.

У підсумку, проблема, яка могла б залишатися у площині медичної, психологічної або соціальної відповіді, перетворюється на юридичну пастку, яка не тільки не вирішує суть питання, але й посилює вторинну маргіналізацію, формує передумови для повторного правопорушення, посилення недовіри до держави.

Протидія глорифікації дій ворога

Усвідомлення небезпек гібридної агресії РФ зумовило зміни до доповнення КК (березень 2022 р.) статтею 436^2, яка передбачає відповідальність за виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії РФ проти України, глорифікацію її учасників.

Серед близько однієї тисячі засуджених за глорифікацію дій агресора (ст. 436^2 КК): 42% вчинили злочин у віці від 50 до 65 років, 30% — у віці понад 65 років; 39% жінок; 81% звільнено від покарання.

Серед всіх засуджених: частка засуджених за вчинення правопорушення у віці від 50 до 65 років не перевищує перебуває в межах 9–13%, 65 — в межах 1–2%(!); частка жінок дорівнює приблизно 12%; частка звільнених від покарання від 36% до 44%.

Цілком очевидно, що притягнення до відповідальності літніх людей, серед яких значною є частка жінок, для того щоб 80% засуджених звільнити від покарання, не може розглядатися як ефективна відповідь гібридній агресії в інформаційному просторі.

Таким чином, сучасна система кримінальної юстиції в Україні демонструє ознаки примітивізації — тенденції до зосередження на простих, процедурно зручних справах, які не потребують тривалого слідства або складної доказової бази. Така логіка правозастосування дозволяє органам досудового розслідування та судам підтримувати видимість активності та ефективності, проте віддаляє систему від реагування на справжні загрози.

На прикладі протидії корупції ми бачимо, як відбулося переміщення фокусу з отримання неправомірної вигоди на пропозицію вигоди. Це супроводжується укладанням угод про визнання винуватості, що спрощує процедуру, але нівелює зміст боротьби з корупцією як системним злом.

Примітивізована протидія незаконному обігу наркотиків не розв'язує проблему наркотизації суспільства.

Так само, реагування на публічні прояви глорифікації дій агресора, попри свою формальну відповідність кримінальному закону, виявляється переважно спрямованим проти літніх людей, жінок і маргіналізованих осіб — категорій, які не становлять реальної інформаційної загрози, але є зручними для статистичного обліку.

Ці приклади підтверджують трансформацію практики застосування кримінального закону від змістовної до формалізованої, де пріоритет надається не усуненню джерел небезпеки, а підтриманню статистичних показників через спрощене правозастосування.

Якщо примітивізація, на нашу думку, є найбільш небезпечною тенденцією кримінально-правового регулювання, то злочини проти власності — найпоширеніші кримінальні правопорушення. Їх найбільше обліковують (2013 р. — 59% серед облікованих, 2024 р. — 27%), за них найчастіше засуджують (2013 р. — 48% серед всіх засуджених, 2024 р. — 28%).

З 2023 р. найбільш поширеним посяганням на власність було шахрайство. У 2024 р. таких посягань було обліковано близько 65 тисяч, це 49% від всіх облікованих посягань на власність.

Водночас, на підставі Закону від 18.07.2024 № 3886-IX, який набув чинності у серпні 2024 р., відбулася декриміналізація крадіжок, шахрайства та привласнення у розмірі до 3028 грн. Попередня редакція передбачала відповідальність за названі посягання починаючи з 302,8 грн. Як результат: у 2024 р. порівняно з попереднім роком відбулося зменшення облікованих крадіжок на 32% та зменшення облікованих випадків шахрайства на 21%.

З використанням *CrimeDataLab* нами було встановлено, що крадіжка (ст. 185 КК), шахрайство (ст. 190 КК) та привласнення (ст. 191 КК) за даними останніх 12 років (2013–2024) складають 50% облікованих проваджень (39% — крадіжка, 9% — шахрайство, 2% — привласнення)

Протягом останніх 12 років, частка засуджених за положеннями статей 185, 190 та 191 КК, які межують з дрібним викраденням (ст. 51 КУпАП), становить 42,3%.

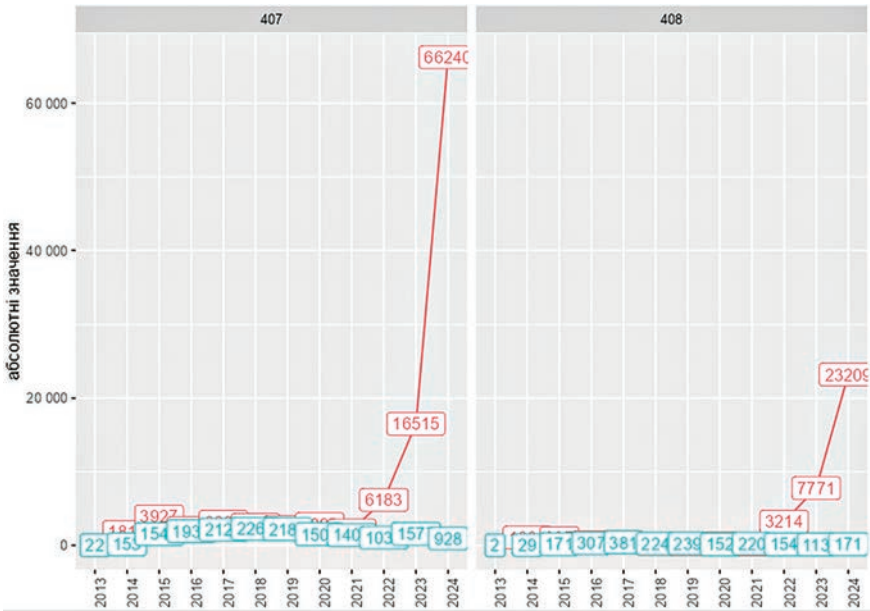
Прийняте рішення більш ніж суттєво вплинуло на стан протидії злочинності. Можна сказати, що у 2024 р. держава відмовилася реагувати кримінально-правовими засобами на як мінімум кожну третю крадіжку та кожне п'яте шахрайство. При цьому аргументація пояснювальної записки законопроєкту зводиться до того, що в актуальних умовах кваліфікація, наприклад, простої крадіжки має відбуватися як особливо кваліфікованої (в умовах воєнного стану). Далі цитата: «Таким чином, при призначенні покарання за крадіжку вчинену в умовах воєнного стану відбувається порушення принципу домірності…». Не перший випадок, коли законодавець більше піклується про осіб, що вчинили правопорушення, ніж про потерпілих. Видається, що рішення, які роблять тектонічні зміни, мають бути предметом більш широкої професійної дискусії.

Отже, прийняте ВРУ рішення можна було б характеризувати як позитивне, оскільки воно актуалізує питання раціонального використання ресурсів країни для протидії злочинності. Водночас, спосіб аргументації та відсутність належних розрахунків зводить оцінку прийнятого рішення до негативної.

Тож статистично зафіксоване падіння кількості облікованих посягань на власність у 2024 р. відбулося не через оздоровлення криміногенної обстановки, а через істотне збільшення порогу кримінальної відповідальності. На цьому тлі загострюється проблема ефективного захисту власності, особливої небезпеки набувають посягання на власність з використанням інтернету та соціальних мереж.

Проблема кримінально-правового регулювання, яка потребує розв'язання може бути сформульована наступним чином: чи сприяло більш ефективному захисту власності десятикратне збільшення межі адміністративно-протиправного дрібного викрадення (ст. 51 КпАП)?

Нарешті третя група проблем кримінально-правового регулювання, яка на нашу думку, є актуальною — відповідальність військовослужбовців. Найбільш очевидно вона проявляється при дослідженні статистичних даних щодо СЗЧ (ст. 407 КК) та дезертирства (ст. 408 КК).



Кількість облікованих проваджень
та засуджених осіб за ст.ст. 407 та 408 КК

У 2024 р. кількість облікованих фактів СЗЧ зросла у чотири рази, облікованих фактів дезертирства — у три.

Чи можна розглядати кримінально-правове регулювання як засіб розв'язання цієї проблеми? Така ситуація порушує проблему ресоціалізації захисників та захисниць України. Збільшення числа засуджених військовослужбовців, може бути наслідком посттравматичних розладів, соціальної дезадаптації, відсутності належної психологічної підтримки та реабілітаційних програм. Поточна система кримінального правосуддя не враховує специфіку пережитого бойового досвіду, що може призводити до криміналізації ветеранів замість їхньої ефективної ресоціалізації. Тому важливо: розробити та впровадити комплексні реабілітаційні програми для демобілізованих військових, що включатимуть психологічну підтримку, соціальну адаптацію, профілактику залежностей; розширити програми працевлаштування ветеранів.

Таким чином застосування аналітичної платформи *CrimeDataLab* дозволило встановити наступні проблеми кримінально-правового регулювання, які потребують подальшого аналізу.

1. Щодо посягань на власність — найпоширеніших кримінальних правопорушень. Аналіз наслідків декриміналізації дрібних крадіжок і шахрайства. Для повноцінної відповіді на питання чи забезпечило збільшення кримінально-правового порогу підвищення ефективності протидії злочинам проти власності потрібні додаткові дослідження. В будь якому разі необхідно розвивати ідею запобіжників необґрунтованої (недостатньо обґрунтованої) кримінальної нормотворчості. В умовах, коли найбільш поширеним кримінальним правопорушенням стає шахрайство з використанням інформаційних технологій та активно розвиваються злочинні техніки орієнтовані на велику кількість потерпілих, зміни до ст. 51 КпАП можуть привести до ефекту безкарності дрібних, але системних правопорушень.

2. Щодо тенденцій примітивізації. Небезпека подальшого розвитку примітивізації протидії злочинності потребує розробки як законодавчих так і організаційних запобіжників. Важливою є корекція пріоритетів кримінальної юстиції в сфері протидії корупції. Потребує змін антинаркотична політика. Зусилля та ресурси слід фокусувати на боротьбі зі збутом наркотиків, а не лише зі споживачами. Уточнення кримінально-правових заборон, зокрема ст. 436[2] КК, має сприяти мінімізації практики «легких мішеней».

3. Проблеми ресоціалізації військовослужбовців. Перегляд меж кримінально-правового реагування на СЗЧ та дезертирство. Цілком очевидно, що зафіксоване збільшення кількості СЗЧ та дезертирства вимагає пошуку нових рішень. Збереження традиційних підходів приведе тільки до появи нових корупційних схем та криміналізації захисників країни.

4. Обмеження щодо використання обчислювальних методів дослідження злочинності та шляхи їх подолання

У ході дослідження було виявлено істотні недоліки чинної системи збирання та аналізу статистики протидії злочинності. М. І. Хавронюк та Р.М. Шехавцов розглядали це питання в контексті статистичних стандартів ООН та ЄС. У підготовленому дослідниками звіті містяться важливі пропозиції. Слід підтримати ідею створення Державного агентства кримінальної статистики як центрального органу виконавчої влади. Важливою є пропозиція науково обґрунтованих методичних рекомендацій, які забезпечують процес збирання, опрацювання, аналізу, поширення, збереження, захисту та використання кримінальної статистики. На позитивну оцінку заслуговують висновки щодо змін

нормативно-правового регулювання кримінальної статистики[435]. Висловлені нами положення — результат отриманого досвіду роботи з національною статистикою за методологією обчислювального кримінологічного аргументування. Ми формулюємо проблемні аспекти, які обмежують цінність наявних статистичних даних, та пропозиції, що дозволять змінити ситуацію.

Дані, які формують ОГП та ДСА, збираються під кутом їх професійних завдань, що ускладнює інтеграцію у єдиний масив. Наприклад, ОГП фіксує кількість осіб, яким повідомлено про підозру, та матеріали щодо кримінальних правопорушень, скеровані до суду, тоді як ДСА обліковує осіб, вироки щодо яких набрали чинності. Порівняння кількості осіб, матеріали щодо яких направлено до суду, з кількістю осіб, стосовно яких існують вироки, є методологічно некоректним, адже ОГП обліковує всі обвинувачення, а ДСА — лише ті правопорушення, що відповідають статті КК з найбільш суворою санкцією. Можливе зіставлення кількості проваджень, переданих до суду, з кількістю розглянутих, але й тут виникають питання коректності обліку з огляду на можливість апеляції.

Додатковою проблемою є термінологія, що застосовується у нормативному регулюванні кримінальної статистики. Так, відповідно до Положення про порядок ведення ЄРДР, до загальної кількості облікованих кримінальних правопорушень не включаються ті, провадження за якими закрито через відсутність події або складу правопорушення (п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 284 КПК). Тому існує розрив між поняттями «обліковане» та «зареєстроване» кримінальне провадження. Це означає, що щорічні звіти ОГП не дають змоги визначити структуру рішень щодо всіх зареєстрованих проваджень та відповісти на ключові запитання: як злочинність відображається у повідомленнях про правопорушення? Яка структура рішень правоохоронців залежно від первинної кваліфікації? Як реформа правоохоронних органів впливає на розподіл рішень?

Крім того, у звітах ОГП одиницею обліку є кримінальні провадження, тоді як у ДСА — кількість осіб, щодо яких ухвалено рішення (засудження, виправдання, закриття тощо). Облік проваджень здійснюється за номерами статей, а дані ДСА — за частинами статей. Навіть при умовному зіставленні кількості проваджень і кількості осіб, щодо яких є судові рішення, залишається невирішеним питання часу реєстрації: у

[435] Шехавцов Р. М., Хавронюк М. І. Звіт щодо кримінальної статистики в Україні. К., 2019. URL: https://pravo.org.ua/wp-content/uploads/2020/10/1568808134cplr.-report-on-criminal-statistics-in-ukraine.pdf

судах розглядають не лише провадження звітного року. Це унеможливлює простеження повного руху кримінальних проваджень.

Складнощі виникають і при спробах оцінити інтенсивність призначених покарань. У звітах ДСА фіксуються випадки, коли за злочин, наприклад, передбачений ч. 2 ст. 185 КК, призначено понад 5 років позбавлення волі, або аналогічні випадки за шахрайство. Такі відхилення пояснюються недосконалістю обліку покарань, призначених за сукупністю злочинів чи вироків. Водночас відсіяти ці дані неможливо, адже у статистику додаються і покарання за одиничні злочини, і за сукупністю, без можливості їх відокремити. Це робить неможливою оцінку суворості покарань за конкретний злочин.

Додаткове обмеження становить форма подання даних: строки позбавлення волі групуються у широкі інтервали (1 рік; понад 1 — до 2; понад 2 — до 3; понад 3 — до 5; понад 5 — до 10; понад 10 — до 15; понад 15 — до 25 років), що унеможливлює детальний аналіз інтенсивності покарань у межах санкцій.

Таким чином, якість процесів збирання та узагальнення статистики протидії злочинності в Україні слід визнати недостатньою.

На цьому питання критичної оцінки офіційних статистичних даних щодо протидії злочинності не закінчуються. Проблема має значно глибше походження та довшу історію. Ентоні Гідденс сформулював її наступним чином: «Статистика злочинності та правопорушень є, мабуть, найменш достовірною з усіх офіційно опублікованих даних із соціальних питань»[436]. Така ситуація виникає через залежність змісту офіційної статистики від суб'єктів її збирання, що з необхідністю призводить до неможливості об'єктивного відбиття стану речей. Статистичні дані щодо протидії злочинності збирають та надають у відкритий доступ ті органи державної влади, ефективність яких оцінюється на підставі цих даних.

Наприклад, прийняття у Великобританії Національного стандарту реєстрації злочинів (NCRS) у квітні 2002 р. з акцентом на «орієнтованому на жертв» підході до реєстрації злочинів було оголошено засобом забезпечення «рівних умов гри» для всіх підрозділів поліції. На думку експертів NCRS має фундаментальний недолік, поліцейські підрозділи змогли скористатися ним і створити ілюзію ефективного зменшення злочинності[437].

---

[436] Giddens Anthony, Griffiths Simon. Sociology. Cambridge : Polity Press, 2006. P. 812.

[437] Rodger, Patrick. (2011). 'Reading Tea Leaves': An Assessment of the Reliability of Police Recorded Crime Statistics. The Police Journal, doi: 10.1350/POJO.2011.84.1.512

Крім питань якості процесів збирання статистичної інформації щодо протидії злочинності, маємо проблему упередженості змісту таких даних.

Нарешті, існує проблема методологічного плану. У кримінологічній науці широко представлено думку про обмеженість кількісних методів. Небезпідставно наголошується на тому, що кількісні методи часто не дозволяють глибоко дослідити складну поведінку людей. Ігноруються відхилення або унікальні випадки, «аутсайдери», чий досвід виходить за межі середньостатистичних даних. Натомість якісні методи дозволяють зануритися у соціальні та емоційні контексти поведінки людей, дають змогу краще розуміти обставини, які формують злочинну поведінку або досвід жертв.

Зрештою важко не погодитися з висновком про те, що коли кількісні дослідження дають важливу статистичну інформацію про тенденції злочинності, якісні, в свою чергу, висвітлюють людські історії, що стоять за цифрами[438].

Таким чином, отримані результати аналізу статистики необхідно розглядати крізь призму таких проблемних аспектів як: недостатня якість процесів збирання офіційних даних щодо протидії злочинності, упередженість таких даних, обмеженість кількісних методів дослідження.

Виявлені обмеження окреслюють напрями раціоналізації кримінально-правового регулювання, зокрема необхідність створення комплексної системи інформаційного забезпечення та впровадження альтернативних підходів до оцінки ефективності роботи правоохоронних і судових органів.

Створення комплексної системи інформаційного забезпечення кримінально-правового регулювання. Її умовними складовими можуть бути: законодавство, наукові джерела, реєстри облікованих проваджень, судових рішень, засуджених осіб, а також дані про адміністративно-правове регулювання.

Законодавство. Це структуровані та класифіковані відомості про всі закони, що передбачають кримінальну відповідальність, із розподілом за редакціями, зазначенням часу набрання чи втрати чинності, перехресними посиланнями на правові позиції ВС тощо.

Наукові джерела. Йдеться про постійно оновлювану наукову інформацію, пов'язану з конкретними нормами кримінального законо-

438

[438] Ranaweera, N. (2024) Beyond Numbers: Embracing the Depth of Qualitative Research in Criminology Affiliations. International Journal of Qualitative Research. 2024, Vol. 3. pp. 315–325. DOI: https://doi.org/10.47540/ijqr.v3i3.1346

давства. Оскільки через недостатню взаємодію між практиками та науковцями результати досліджень використовуються обмежено, забезпечення «одноклікового» доступу до систематизованих матеріалів, прив'язаних до норм права, сприятиме підвищенню ефективності правового регулювання.

Обліковані кримінальні провадження. Основним напрямом оновлення цього блоку має стати відмова від публікації лише агрегованих звітів. Для науковців та інститутів громадянського суспільства слід відкрити доступ до потоку деперсоніфікованих даних з ЄРДР. Це дозволить проводити аналіз будь-якої складності та організувати реальну взаємодію громадськості з правоохоронними органами, виходячи за межі формальних заходів.

Подібний підхід реалізовано у сфері охорони здоров'я в країнах ЄС та Північної Америки. Усі відомості про пацієнтів, включно з призначеннями та медичними показниками, зберігаються у єдиній базі даних; доступ до персональної інформації мають лише лікарі, тоді як науковці, контролюючі органи та фармацевтичні компанії працюють з деперсоніфікованими даними. Це дає змогу здійснювати оперативний контроль якості препаратів, відслідковувати ефективність лікування та вдосконалювати медичне забезпечення на основі аналізу великих масивів даних. У результаті система охорони здоров'я стає більш ефективною та прозорою[439].

Реєстр судових рішень. Чинний Державний реєстр судових рішень безперечно є одним із найпотужніших інструментів сучасних наукових досліджень. Водночас його інтеграція з обліком кримінальних правопорушень є необхідною для забезпечення можливості простежувати подальшу долю кожного облікованого провадження.

Реєстр осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності. На сьогодні вивчення ефективності кримінально-правових заходів з урахуванням подальшої поведінки засуджених є надзвичайно складним завданням. Для оперативного виконання таких досліджень цей реєстр має бути інтегрований як з обліком кримінальних правопорушень, так і з реєстром судових рішень.

Система інформаційного забезпечення адміністративно-правового регулювання. Аналіз ефективності кримінально-правового регулювання потребує врахування суміжних видів правового регулювання.

[439] Schulte T, Bohnet-Joschko S. How can Big Data Analytics Support People-Centred and Integrated Health Services: A Scoping Review. Int J Integr Care. 2022 Jun 16;22(2):23. doi: 10.5334/ijic.5543. PMID: 35756337; PMCID: PMC9205381.

Показовим прикладом є визначення меж дрібного викрадення чужого майна. З протидією крадіжкам пов'язана значна частина професійної діяльності в сфері кримінальної юстиції. Водночас, чіткі, прозорі та обґрунтовані критерії розмежування цього кримінального правопорушення та адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 51 КупАП, не представлені у офіційній статистиці. На підставі яких розрахунків межу дрібного викрадення було збільшено у десять разів? Яка частка облікованих крадіжок становить 2,1 НМДГ, а яка — 1,8 чи менше? За таких умов показник 2,0 фактично виконує функцію «регулятора» злочинності, який може бути використаний як інструмент політичних маніпуляцій. Натомість відкритий доступ до відповідної статистики дозволив би знаходити більш раціональні рішення цієї проблеми[440].

Створення альтернативної системи оцінки ефективності діяльності правоохоронних та судових органів, яка не базується на аналізі даних офіційної статистики. Одним з можливих варіантів розв'язання проблем упередженості даних статистики та обмеженості кількісних методів оцінки злочинності є розвиток альтернативних методів.

В означеному контексті на позитивну оцінку заслуговує Комплексний стратегічний план реформування органів правопорядку як частини сектору безпеки і оборони України на 2023–2027 роки, схвалений Указом Президента України від 11.05.2023 № 273/2023, який передбачає «запровадження періодичного анонімного віктимологічного опитування населення (*victimology survey, crime survey*) з метою встановлення кількості осіб, які стали потерпілими від кримінальних правопорушень певного виду, а також використання методу самозвіту (*self-report survey*) для анонімного з'ясування кола осіб, які вчиняли будь-які кримінальні правопорушення протягом певного періоду, складання за їх результатами віктимологічних карт».

Дослідження в сфері віктимології представлені у вітчизняній науці. Так, В. О. Туляковим розроблено основи віктимологічної теорії, уточнено зміст і характеристики процесу віктимізації, описано основні поняття, принципи та науковий апарат віктимологічної теорії, представлено результати віктимологічних досліджень[441]. За редакцією Б. Н. Головкі-

440

[440] В'юник М. В. Кримінально-правове регулювання в Україні: реалії та перспективи (аналітичні матеріали) / М. В. В'юник, М. В. Карчевський, О. Д. Арланова ; упоряд. Ю. В. Баулін ; Коміс. з питань прав. реформи, Робоча група з розвитку кримін. права. Харків : Право, 2020. 212 с. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/18398

[441] Туляков В. О. Вчення про жертву злочину: соціальні та правові основи : автореф. дис. … д-ра. юрид. наук : 12.00.08 / В. О. Туляков ; наук.консультант Л. В. Багрій-Шахматов ; Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2001. 36 с.

на та В. В. Голіни підготовлено навчальний посібник у якому на основі сучасних досліджень системно викладено знання щодо сутності віктимології як науки, основних її понять, віктимізації окремих категорій жертв, соціальних та особистісних детермінант віктимності і ролі її у механізмі злочинної поведінки, шляхів і заходів віктимологічного запобігання злочинності[442].

Х. Курі та В. І. Поклад представляли результати міжнародного віктимологічного дослідження за участі Інституту зарубіжного та міжнародного кримінального права імені Макса Планка та Луганського державного університету внутрішніх справ[443]. А. А. Бова обґрунтовував необхідність та демонстрував результати оцінки даних офіційної статистики в контексті результатів віктимологічних досліджень[444]. Представлено результати багатьох інших змістовних досліджень.

Водночас вимірювання громадської довіри та впевненості у здатності правоохоронних органів протидіяти злочинності має обмеження, пов'язані із джерелом формування досвіду громадян. Навіть за умови розв'язання організаційних, методологічних та фінансових питань моніторингових віктимологічних досліджень, залишається проблема упередженості результатів. Показник довіри до соціальних інститутів, який «зчитують» опитування, формується на підставі особистого досвіду та контенту ЗМІ. Як правило, людина має незначний особистий досвід комунікації з правоохоронцями в межах кримінальних проваджень, відповідно — вплив ЗМІ є вирішальним. Маємо інше джерело упереджених результатів.

Тому вартує уваги такий метод оцінки ефективності протидії злочинності як аналіз витрат і прибутків. Результати такого аналізу полягають у економічній оцінці програм протидії злочинності[445]. Наприклад, *Perry Preschool Program* була експериментальною програмою дошкільного виховання, реалізованою у 1960-х роках у місті Іпсіланті (штат Мічиган,

---

[442] Віктимологія : навч. посіб. / В. В. Голіна, Б. М. Головкін, М. Ю. Валуйська та ін. ; за ред. В. В. Голіни і Б. М. Головкіна. Харків : Право, 2017. 308 с.

[443] В. Поклад, Х. Курі Виктимологические исследования в криминологии // Віктимологічні аспекти злочинності : Кримінологічні дослідження. Випуск 1. Луганськ : РВВ ЛДУВС, 2006. С. 6–12.

[444] Бова, А. А. Методичні аспекти крос-національних соціологічних опитувань щодо віктимізації та безпеки. Наука і правоохорона 1 (2017) : 143–148 ; Бова А. А., Соціологічні опитування потерпілих від злочинів в Україні Український соціум, 2006, 1(12) : 33–41.

[445] Manning, M. (2014). Cost-Benefit Analysis. In: Bruinsma, G., Weisburd, D. (eds) Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. Springer, New York, NY. URL: https://doi.org/10.1007/978-1-4614-5690-2_176

США) для дітей із малозабезпечених родин. Програма передбачала щоденні заняття у класі та щотижневі домашні візити вихователя, орієнтовані на розвиток когнітивних і соціальних навичок дітей. Хоча першочергова мета полягала в поліпшенні життєвих шансів учасників, довгострокове спостереження до 27-річного віку показало суттєве зниження рівня злочинності, підвищення рівня освіти та зайнятості, а також зменшення залежності від соціальної допомоги. За результатами аналізу витрат і прибутків, загальний коефіцієнт вигоди становив 7,16:1, тобто кожен інвестований долар приніс понад $7 соціального ефекту. Окремо в розрізі запобігання злочинності та витрат на правосуддя цей показник становив 2,16:1. Отримані результати засвідчують, що ранні інтервенції, орієнтовані на соціально вразливі групи, можуть мати не лише позитивний гуманітарний ефект, а й високу економічну доцільність[446].

Kirkholt Burglary Prevention Project, комплексна програма ситуаційної профілактики злочинів, реалізована у середині 1980-х років у житловому масиві Кірхолт (Рочдейл, Велика Британія), який складався з приблизно 2280 помешкань і характеризувався високим рівнем крадіжок з житла. Програма мала дві фази: перша включала заходи з фокусом на потенційних жертв, зокрема технічне укріплення помешкань та усунення можливостей для злочину; друга — орієнтувалася на роботу з громадою та потенційними правопорушниками, включаючи впровадження системи «сусідського нагляду». За результатами оцінки, проведеної методом аналізу витрат і прибутків, встановлено, що кожен витрачений фунт стерлінгів приносив близько п'яти фунтів економії завдяки скороченню збитків від крадіжок (коефіцієнт прибутку — 5,04:1). Ініціатива *Kirkholt* продемонструвала оперативні результати за рахунок конкретного фокусування на злочинному ризику в межах чітко окресленої території[447].

Програма *Communities That Care* (CTC) реалізовувалася у 24 невеликих містах і селищах США у період з 2003 по 2012 рік. Була призначена для профілактики первинної підліткової злочинності, базувалася на використанні ресурсів та потенціалу місцевих громад. Передбачала п'ятифазний процес: мобілізація громади, оцінка локальних факторів ризику та захисту, розробка стратегічного плану дій, впровадження науково обґрунтованих профілактичних інтервенцій та безперервний

446

[446] Chisholm J 2000. Benefit-cost analysis and crime prevention. Trends & issues in crime and criminal justice no. 147. Canberra: Australian Institute of Criminology. URL: https://www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi147

447

[447] Forrester, David, et al. The Kirkholt burglary prevention project: Phase II. London: Home Office, 1990. URL: https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=0503146df6dfaa3c65ffd4247e84ffa0783b2ba0

моніторинг і оцінка результатів. Ключовою особливістю даної моделі є її адаптивність до специфічних потреб кожної громади та орієнтація виключно на емпірично підтверджені, доказові програми. Багаторічне експериментальне дослідження продемонструвало істотне зниження показників зловживання психоактивними речовинами та насильства серед підлітків, охоплених програмою СТС. Аналіз витрат і вигод, виконаний *Washington State Institute for Public Policy*, підтвердив високу економічну ефективність моделі. За результатами цього аналізу, на кожен долар інвестицій у програму створюється близько 8 доларів соціальних прибутків (коефіцієнт 8.22:1)[448].

Існує значно ширший спектр методів оцінювання ефективності протидії злочинності, зокрема якісні дослідження, експертне опитування, порівняльно-правовий аналіз тощо. Проте, можна сказати що вони є певною деталізацією трьох ключових напрямів — аналізу діяльності органів правопорядку, дослідження відчуття безпеки та балансу соціальних витрат і прибутків. Очевидно те, що отримання об'єктивної, збалансованої та придатної для формування державної політики оцінки потребує комплексного використання різних методів. Багатовимірна методологія дає змогу враховувати і результативність, і вартість, і суспільне сприйняття впроваджуваних заходів.

5. Використання штучного інтелекту для протидії злочинності

Після другої світової військова авіація США почала використовувати реактивні двигуни. Це критично збільшило втрати. З'ясувалося, що причина у дизайні кабіни. Вона була розроблена на основі усереднення фізичних розмірів пілотів. На великій швидкості та під час катапультування таке рішення ставало смертельним. Звіт для міністерства оборони США з цієї проблеми починався з запитання: «Та сама "Середня людина"?»[449]. У ньому зазначалося, що будь яка технологія, орієнтована на усереднені розміри людини приречена на невдачу. Так з'явилася

[448] Kuklinski MR, Fagan AA, Hawkins JD, Briney JS, Catalano RF. Benefit-Cost Analysis of a Randomized Evaluation of Communities That Care: Monetizing Intervention Effects on the Initiation of Delinquency and Substance Use Through Grade 12. J Exp Criminol. 2015 Jun 1 ; 11(2):165–192. doi: 10.1007/s11292-014-9226-3. PMID: 26213527; PMCID: PMC4512954.

[449] Daniels, G. The «Average Man» ? Technical Report, Accession Number: AD0010203. AIR FORCE AEROSPACE MEDICAL RESEARCH LAB WRIGHT-PATTERSON AFB OH. AMRL ltr, 25 Apr 1977 ; s20050602. DTIC AND NTIS. URL: https://apps.dtic.mil/sti/citations/tr/AD0010203

технологія індивідуальних налаштувань. Злочин як аварія. Кримінально-правовими засобами ми намагаємося висмикнути людину з асоціального піке. Але через застосування закону, яке орієнтоване на «середніх людей», маємо величезний шанс того, що наші кримінальні катапульти ламатимуть людей а не повертатимуть їх до соціального буття.

Сьогодні складно уявити магазин без персональної програми лояльності. Аналізуючи дані *Netflix* та *YouTube* рекомендують фільми та музику, базуючись на персональних вподобаннях. Все це проєкти аналізу великих даних. Дані — основа персоналізації та ключ до ефективності.

То чи може застосування кримінального закону в світі персоналізації бути грубо налаштованим, орієнтуватися на уявні усереднення? Увага до даних, їх відкритості, збирання та аналізу здатні наблизити нас до розв'язання цієї проблеми. Збільшення обсягів даних, що збираються в процесі протидії злочинності, їх глибокий аналіз здатні зробити протидію злочинності сучасною і персоналізованою. Можна сказати, що це головна задача впровадження інформаційних технологій в сферу правосуддя. Сучасний рівень впровадження таких технологій найчастіше асоціюється з штучним інтелектом (ШІ).

Останнім часом гуманітарна наукова спільнота зробила значний крок у розумінні природи ШІ. Позбавилась хибних уявлень та пасток антропоморфізації. Актуальний науковий дискурс послідовно розглядає штучний інтелект як комп'ютерну програму, що імітує інтелектуальну діяльність людини, а не як самосвідому сутність чи штучну особистість.

Ця імітація відбувається шляхом використання специфічних статистичних методів, які прийнято називати машинним навчанням. У найзагальнішому сенсі це представляє собою програмування комп'ютера без написання традиційного програмного коду, а через завантаження великих обсягів даних (навчальних наборів) з прикладами правильного розв'язання подібних задач. Система аналізує ці дані, виявляє закономірності та будує статистичні моделі, які дозволяють їй робити прогнози або приймати рішення в подібних ситуаціях.

Сучасні моделі штучного інтелекту, особливо великі мовні моделі (LLM), демонструють вражаючі результати в обробці природної мови, розпізнаванні образів, генерації контенту та інших сферах. Проте, незважаючи на їхню здатність імітувати людську поведінку, вони залишаються інструментами, створеними для вирішення конкретних завдань.

Саме навколо сфер застосування таких систем, мінімізації ризиків заподіяння шкоди та визначення меж їх використання і розгортається сучасна дискусія щодо правового регулювання ШІ. Ця дискусія стає

особливо актуальною для України в контексті її інтеграції до світових процесів правового регулювання новітніх технологій.

Правове регулювання штучного інтелекту в Україні та світі перебуває на етапі становлення, відбувається на тлі паралельних процесів активного розвитку та впровадження цих технологій у різних сферах суспільного життя. Науковий дискурс щодо правового регулювання ШІ в Україні та зарубіжних країнах охоплює широкий спектр питань. Одним з них є використання систем штучного інтелекту правоохоронними та судовими органами.

У зарубіжних країнах реалізовані ШІ-проєкти пов'язані із класифікацією та розпізнаванням об'єктів, розпізнаванням звукових сигналів (мови або, наприклад, системи визначення пострілів). Запропоновані технічні рішення для аналізу великих об'ємів даних на основі алгоритмів машинного навчання. У такий спосіб здійснюється аналіз відомостей про телефонні або інтерент-з'єднання, про використання платіжних систем, віртуальних активів тощо. Такі рішення використовуються як потужні інструменти розслідування злочинів. Розробляються системи прогнозування злочинності та оцінки ризику індивідуальної протиправної поведінки на основі штучного інтелекту.

Розглянемо які найбільш поширені практики використання ШІ на правозастосовчому та законодавчому рівнях кримінально-правового регулювання. Інтеграція ШІ у судові процеси, зокрема для правової оцінки вчиненого, оцінки ризиків та призначення покарань, а також планування діяльності правоохоронних органів на основі прогнозів злочинності (правозастосовчий рівень). Аналіз якості кримінального законодавства, формування пропозицій щодо його вдосконалення на основі оцінці надвеликих обсягів даних щодо соціальних та економічних процесів, діяльності правоохоронних та судових органів (законодавчий рівень).

Оцінка ризиків є одним із ключових напрямів впровадження ШІ на правозастосовчому рівні кримінально-правового регулювання. Алгоритми оцінки кримінального ризику (*criminal risk assessment algorithms*) використовуються деякими судами для прийняття рішень щодо визначення виду запобіжного заходу, призначення покарання. Теоретично це зменшує упередженість оскільки судді приймають рішення на основі обробки даних, а не власних, можливо суб'єктивних, переконань. Проте, фахівці роблять акцент на тому, що використання ШІ в цій сфері не усуває людські чинники суб'єктивності, а лише переводить процес оцінювання у площину комп'ютерної програми. Саме тому перехід від виключно людського судження до оцінки ризиків з використанням ШІ, разом з прогнозами підвищеної ефективності та об'єктивності, формує

новий вимір складності — упередження, закладені як у вихідні дані, так і в алгоритми. Проблема упередженості не зникає, а лише трансформується, переходить у технологічну площину та потенційно посилюється.

Через те, що базою для алгоритму є прийняті раніше рішення, він (алгоритм) може посилювати й увічнювати упередження, генерувати ще більшу кількість упереджених даних для подальших циклів ще більш упереджених рішень[450]. Наприклад, якщо перед суддею особа з невеликим доходом, алгоритм з дуже великою вірогідністю буде радити застосувати ув'язнення до суду. Наступного разу у подібній ситуації алгоритм буде ще категоричніший, наступного — ще й ще… Така небезпека зумовлює критичну необхідність прозорості та можливості незалежної перевірки ШІ-систем[451].

Одним зі шляхів зменшення ризиків алгоритмічних упереджень є застосування пояснюваного ШІ (*explainable AI*), який дозволяє не лише отримувати прогноз, але й розуміти, на яких фактах і ознаках він ґрунтується. Прикладом є дослідження, у якому запропоновано модель прогнозування строків позбавлення волі у справах про напад в судах Нової Зеландії. Модель, забезпечила середню похибку менше одного року, а також дала можливість ідентифікувати ключові слова та фрази, що найбільше впливали на довжину призначеного покарання. Таке пояснюване представлення дозволяє судді бачити, які фактори система вважає релевантними, виявляти потенційно хибні кореляції та уникати «чорної скриньки» у прийнятті рішень. Автори наголошують, що ШІ не повинен автоматизувати винесення вироків, але може виступати допоміжним інструментом для перевірки та удосконалення судових рішень[452].

Ще одним напрямом використання ШІ у судах є забезпечення єдності практики. ШІ може підвищити якість судових рішень, аналізуючи великі обсяги судової практики та наявні правові позиції. Це допоможе суддям приймати обґрунтовані рішення та скорочувати час розгляду справ. Однак єдність практики через використання ШІ може бути проявом нових системних упереджень. Статистична «природа» ШІ вимагає

450

[450] Hao K. AI is sending people to jail—and getting it wrong. MIT Technology Review. 21.01.2019. URL: https://www.technologyreview.com/s/612775/algorithms-criminal-justice-ai/

451

[451] Sanger R. Artificial Intelligence and Criminal Law . The Colleges of Law. 12.01.2024. доступ отримано серпня 8, 2025. URL: https://www.collegesoflaw.edu/blog/2024/01/12/artificial-intelligence-and-criminal-law/

[452] Rodger H, Lensen A, Betkier M. Explainable artificial intelligence for assault sentence prediction in New Zealand. J R Soc N Z. 2022 Oct 2;53(1):133–147. doi: 10.1080/03036758.2022.2114506. PMID: 39439993; PMCID: PMC11459755.

постійної критичної оцінки результатів через небезпеку так званих конфабуляцій (галюцінацій) ШІ, випадків коли відповідь генерується на помилкових статистичних припущеннях.

Наприклад, дослідження *Stanford RegLab* та *Stanford HAI* показало, що навіть провідні спеціалізовані юридичні ШІ-інструменти, побудовані на технології *retrieval-augmented generation (RAG)*, не гарантують відсутності помилок. Аналіз роботи *Lexis+ AI, Westlaw AI-Assisted Research* та *Ask Practical Law AI* продемонстрував, що від 17% до понад 34% відповідей містили помилки — від створення вигаданих судових прецедентів і норм права до некоректної інтерпретації чинного законодавства та помилкових цитувань. Особливо небезпечним виявилося явище підлаштування під помилкові припущення користувача (*sycophancy*), коли система не лише не спростовує хибну передумову, а й підкріплює її додатковою, але недостовірною аргументацією[453].

Тому використання ШІ для забезпечення єдності судової практики слід розглядати в контексті питання, чи ШІ забезпечує справжню справедливість, чи алгоритмізація лише стандартизує рішення на основі потенційно недосконалих даних.

Подібні проблеми існують і під час впровадження систем прогнозування злочинності[454]. Ідея полягає у тому, що на підставі аналізу даних про зареєстровані кримінальні правопорушення системи визначають райони, що потребують посиленої уваги правоохоронців. В ці райони направляється більша кількість патрулів чим має забезпечуватися більш ефективне використання ресурсів та досягатися необхідний рівень безпеки громадян. Результати впровадження таких системи показали зворотній бік проблеми. Чим більше поліцейських направлялося у заданий район тим більшою була кількість виявлених у цьому районі правопорушень. Алгоритм фіксував прийняте рішення як правильне і продовжував рекомендувати посилені наряди для визначених районів[455]. У

453

454

455[1]

455[2]

[453] Magesh, V., Surani, F., Dahl, M., Suzgun, M., Manning, C. D. and Ho, D. E. (2025), Hallucination-Free? Assessing the Reliability of Leading AI Legal Research Tools. J Empir Leg Stud, 22: 216–242. URL: https://doi.org/10.1111/jels.12413

[454] Trejo O. What Is Bias in Machine Learning? // Scalable Path. — 4.05.2020. URL: https://www.scalablepath.com/machine-learning/bias-machine-learning

[455] Див.: Ensign, D., Friedler, S.A., Neville, S., Scheidegger, C. & Venkatasubramanian, S. (2018). Runaway Feedback Loops in Predictive Policing. Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency, in Proceedings of Machine Learning Research 81:160-171 Available from https://proceedings.mlr.press/v81/ensign18a.html ; Hung, T. W., & Yen, C. P. (2023). Predictive policing and algorithmic fairness. Synthese, 201(3), 1–25. URL: https://doi.org/10.1007/s11229-023-04189-0

такий спосіб увічнювався «кримінальний» статус таких районів але загальне використання ресурсів поліції не ставало більш ефективним, загальний рівень безпеки громадян не підвищувався.

Наприклад, щоб оцінити упередженість поліцейського прогнозування, Група аналізу даних з прав людини (*HRDAG*) проаналізувала зареєстровані поліцейським управлінням Окленду злочини, пов'язані з наркотиками. Управління використовувало спеціальний алгоритм обробки великих даних для прогнозування наркозлочинів. Звичайно, *HRDAG* виявила, що прогностична модель, майже виключно зосередилася на неєвропеоїдних спільнотах з низьким рівнем доходу. Але дані громадської охорони здоров'я щодо споживачів наркотиків у поєднанні з даними перепису населення США показали, що розподіл споживачів наркотиків не корелює з прогнозами програми, демонструючи, що прогнози алгоритму базувалися на упередженості, а не на реальності[456].

Показовим є те, що у червні 2020 р. міська рада Санта Круз, американського міста яке одним з перших почало застосовувати для потреб поліції технології розпізнавання обличчя та прогнозування злочинів, відмовилася від використання таких систем ураховуючи численні прояви упередженості їх роботи та недостатню ефективність. Рішення полягало у забороні використовувати обидві технології, за винятком схвалення міською радою на основі «висновків про те, що технологія і дані, які використовуються для цієї технології, відповідають науково підтвердженим та рецензованим дослідженням, захищають і охороняють цивільне населення, права і свободи всіх людей і не увічнюють упередженість»[457].

Перспективи використання ШІ на законодавчому рівні кримінально-правового регулювання пов'язані в першу чергу з інформаційним супроводженням вдосконалення кримінального законодавства. ШІ тут не «ламає» традиційний підхід, а масштабує й поглиблює звичайні аналітичні задачі законотворчості. Використання ШІ в процесі вдосконалення законодавства є не стільки революційним проривом, скільки логічним розвитком традиційних інформаційних технологій (ІТ), які застосовувалися протягом десятиліть[458]. Як і раніше, при підготовці проєктів

456

457

458

[456] Lum K., Isaac W. To Predict and Serve? //Significance, Volume 13, Issue 5, October 2016, Pages 14–19. URL: https://doi.org/10.1111/j.1740-9713.2016.00960.x

[457] Ibarra N. Santa Cruz becomes first U.S. city to approve ban on predictive policing. Santa Cruz Sentinel. 23.06.2020. URL: https://www.santacruzsentinel.com/2020/06/23/santa-cruz-becomes-first-u-s-city-to-approve-ban-on-predictive-policing/

[458] Berk R. Demystifying AI in Criminal Justice. arXiv preprint arXiv:2507.19305, 2025. URL: https://arxiv.org/pdf/2507.19305

законів оцінюють статистику злочинності, економічні та демографічні тренди, ефективність правозастосування. Різниця в тому, що ШІ дозволяє робити це на якісно іншому рівні — опрацьовувати масиви даних, які раніше були фактично непідйомними, і швидко зводити їх у релевантні висновки для законодавця.

Сучасні дослідження підкреслюють, що впровадження штучного інтелекту (ШІ) у державному управлінні пов'язане не лише з технологічними можливостями, а й з організаційними та етичними чинниками. Як показують результати аналізу кейсів публічного сектору у різних країнах, найбільш поширеними є застосування ШІ для автоматизації процесів, предиктивної аналітики, обробки великих масивів документів і аналізу громадських настроїв. При цьому дослідники наголошують на необхідності балансування між ефективністю, прозорістю та дотриманням прав людини, що вимагає розбудови належних механізмів управління даними та алгоритмів, що відповідають вимогav пояснювальних ШІ[459].

Таким чином, системи ШІ мають значні перспективи для раціоналізації кримінально-правового регулювання. Ці перспективи супроводжуються не менш небезпечними ризиками. Розмову про ШІ у кримінальній юстиції ми почали з історії про «середню людину» та найочевиднішу задачу кримінального права — індивідуалізацію впливу. ШІ здатен бути інструментом її розв'язання. Водночас, від людей, політиків, законодавців залежить чи ШІ буде використовуватися для підвищення ефективності кримінальної юстиції шляхом персоналізації впливу, чи відбуватиметься подальша алгоритмічна стандартизація рішень, орієнтованих на уявних «середніх людей». Останній варіант, на нашу думку, є найбільшою небезпекою застосування ШІ у соціальній сфері.

Розуміння таких ризиків та можливостей дозволяє свідомо оцінювати перспективи та необхідність подальшого впровадження ІТ, на теперішньому етапі це переважно технології штучного інтелекту, у сферу кримінальної юстиції. Водночас, як зазначалося раніше оцінка раціональності кримінально-правового регулювання потребує якісної інформації щодо протидії злочинності. Реалізація цієї потреби передбачає як вдосконалення систем статистичного спостереження так і розвиток альтернативних методик оцінки. Відсутність, упередженість даних, що накопичуються в процесі оцінки протидії злочинності

459

[459] Wirtz, B. W., Weyerer, J. C., & Geyer, C. (2022). Artificial Intelligence in the public sector : A research agenda. Government Information Quarterly, 39(4), 101714. URL: https://doi.org/10.1016/j.giq.2022.101714

створює фундаментальні складності не тільки для оцінки поточної ситуації, але й обмежує впровадження новітніх технологій протидії злочинності. Основані на технологіях штучного інтелекту системи прогнозування протиправної поведінки, інструменти оцінки ризику або інформаційного супроводження вдосконалення законодавства в умовах неякісних наборів даних про фактичний стан речей не будуть результативними.

Висновки. Ураховуючи викладене, доходимо таких основних висновків.

Обґрунтовано доцільність інтеграції обчислювальної соціальної науки та кримінології як міждисциплінарного напряму, що забезпечує перехід від фрагментарного емпіричного аналізу до комплексного дослідження злочинності з використанням великих масивів даних. Запропоновано визначення та структурні ознаки обчислювального кримінологічного аргументування, яке базується на методологічній послідовності, відтворюваності досліджень і технологічній обробці даних.

Здійснені нами дослідницькі проєкти наочно демонструють значний потенціал обчислювального кримінологічного аргументування. По-перше, воно дає можливість швидко оцінювати зміст достатньо великих об'ємів даних та реагувати на динамічні соціальні процеси. По-друге, властива обчислювальному аргументуванню методологія відтворюваних досліджень здатна якісно підвищити рівень довіри до результатів кримінологічних досліджень. Саме тому, по-третє, рішення, розроблені на підставі великої кількості даних, за методологією, яка забезпечує високий рівень довіри до результатів аналізу, здатні істотно раціоналізувати національний дискурс щодо протидії злочинності.

Створена аналітична платформа *CrimeDataLab* довела свою ефективність як інструменту демократичного контролю, наукового дослідження та підвищення прозорості кримінальної юстиції. Використання платформи дозволило ідентифікувати низку системних проблем кримінально-правового регулювання. Примітивізація протидії злочинності — переорієнтація на «легкі мішені» (дрібні та процедурно прості справи) замість протидії складним та суспільно небезпечним правопорушенням. Декриміналізація дрібних посягань на власність без належного аналізу ризиків, що може сприяти зростанню відчуття безкарності та розширенню дрібних, але системних злочинних практик. Неоптимальна антинаркотична політика, орієнтована переважно на споживачів, а не на збут, що не відповідає цілям зменшення наркозлочинності. Ресоціалізація військовослужбовців як невирішений аспект, що потребує заміни каральної логіки на реабілітаційно-превентивну.

Виявлено низьку сумісність та неповноту офіційної кримінальної статистики, методологічні розбіжності у звітах різних органів, а також її потенційну упередженість через інституційні інтереси постачальників даних. Підкреслено необхідність створення комплексної системи інформаційного забезпечення кримінально-правового регулювання, яка б включала повні та деталізовані реєстри, структуровану нормативну базу та інтегровані наукові джерела.

Акцентовано на важливості поєднання кількісних та якісних методів, щоб уникнути редукції складних соціальних явищ до суто статистичних показників.

На основі проведеного аналізу актуальними науковими завданнями слід визнати: 1) розробку законодавчих та організаційних запобіжників примітивізації правозастосування, у тому числі корекцію кримінально-правових заборон і пріоритетів розслідування; запровадження аналітичного аудиту законопроєктів у сфері кримінального права для запобігання необґрунтованій криміналізації/декриміналізації; 3) розробку системних програм ресоціалізації військовослужбовців.

У межах сучасної трансформації наукових підходів особливе місце належить перспективам використання штучного інтелекту. ШІ відкриває можливість переходу до нового рівня обчислювального кримінологічного аргументування — від описових статистичних оглядів до побудови адаптивних моделей прогнозування, автоматизованої ідентифікації аномалій у даних, виявлення прихованих кореляцій і патернів, що залишаються непомітними при традиційному аналізі. Поєднання методів машинного навчання, обробки природної мови та геоаналітики дозволяє формувати багатовимірну картину злочинності з урахуванням соціального, економічного, правового та просторового контекстів. Однак реалізація цього потенціалу потребує зміни культури роботи з офіційною статистикою. Необхідні системне відкриття первинних деперсоніфікованих даних, забезпечення їхньої структурованості та сумісності, запровадження єдиних методологічних стандартів збирання, обробки та інтерпретації. Лише в умовах прозорого та відтворюваного середовища ШІ зможе стати не лише інструментом автоматизації, але й повноцінним партнером у виробленні обґрунтованих кримінально-правових рішень.

Проведене дослідження підтвердило, що обчислювальне кримінологічне аргументування є перспективним інструментом раціоналізації кримінально-правової правотворчості та правозастосування. Поєднання відкритих даних, автоматизованої обробки, відтворюваних методик та сучасних візуалізацій створює можливість аналізувати складні

соціально-правові процеси у «високій роздільній здатності», виявляти закономірності, які раніше залишалися прихованими, і формувати більш обґрунтовані законодавчі рішення. Застосування обчислювального кримінологічного аргументування відкриває шлях до раціоналізації, та більш соціально орієнтованого правозастосування. Поєднання технологічних інструментів, відкритих даних і міждисциплінарної аналітики здатне суттєво підвищити якість кримінально-правової правотворчості та наблизити її до реальних потреб суспільства.

Розділ 6. ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАВОЗАСТОСОВНІ ПРОБЛЕМИ АДАПТИВНОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ ДО ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМ ВОЄННОГО ПЕРІОДУ

Юлія ТУРЛОВА,
доктор юридичних наук, старший дослідник зі спеціальності 081 Право, провідний науковий співробітник відділу проблем кримінальної юстиції та кримінології Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0508-2087

Анотація. У розділі досліджено адаптивність кримінально-правової політики України до викликів воєнного періоду. Проаналізовано тенденції законодавчої діяльності та практики застосування кримінального права у контексті війни в Україні. Встановлено, що формування кримінально-правової політики в умовах воєнного стану супроводжується низкою негативних явищ: кримінально-правовим популізмом, низькою якістю законодавчих рішень, появою численних прогалин і колізій, а також браком комплексного підходу до регулювання відповідальності за діяння, пов'язані з війною. Акцентовано на проблемності конструкцій ст. 111[1] та 111[2] Кримінального кодексу України, які через надмірну широту диспозицій, конкуренцію з суміжними складами злочинів і дисбаланс санкцій ускладнюють ефективне правозастосування. Виявлено, що ці норми не враховують специфіки вимушеної поведінки осіб на окупованих територіях та створюють труднощі у доказуванні.

Окрему увагу приділено військовим кримінальним правопорушенням, щодо яких виявляється функціональна неспроможність органів кримінальної юстиції належним чином реагувати на виклики воєнного часу. Наголошено на потребі не лише зміни конструкції відповідних норм, але й оптимізації діяльності правоохоронних та судових органів, зокрема з урахуванням принципу економії кримінальної репресії. У полі дослідження опинилися також проблеми криміналізації нових форм суспільно небезпечної поведінки, таких як злочини ядерно-мілітарного тероризму, та потреба унормування відповідальності за міжнародні злочини відповідно до положень Римського Статуту.

Зроблено висновок, що адаптивність кримінально-правової політики України в умовах війни є недостатньою. Незважаючи на оперативні зміни до Кримінального кодексу України у перші місяці війни, значна частина новел виявилася несистемними й суперечливими, що ускладнює їх практичне застосування. Для підвищення ефективності необхідне усунення колізій, перегляд законодавчих конструкцій, впровадження науково обґрунтованих рішень і забезпечення балансу між захистом національної безпеки та принципами кримінального права.

Ключові слова: кримінально-правова політика, кримінальний кодекс, воєнний стан, загроза, кримінально-правові норми, санкції, колабораціонізм, воєнні злочини, військові кримінальні правопорушення, міжнародні злочини, ядерно-мілітарний тероризм, криміналізація, правозастосовна діяльність, кваліфікація, покарання.

Yuliia TURLOVA,

THEORETICAL AND LEGAL ISSUES OF ADAPTING UKRAINE'S CRIMINAL LAW POLICY TO ADDRESS THE PROBLEMS OF THE WAR PERIOD

Summary. This section examines the adaptability of Ukraine's criminal law policy to the challenges of wartime. It analyzes the trends in legislative activity and the practice of criminal law enforcement in the context of the war in Ukraine. The study finds that the development of criminal law policy under martial law is accompanied by a number of adverse phenomena: criminal law populism, poor quality of legislative drafting, numerous gaps and conflicts, and the absence of a comprehensive approach to the regulation of liability for war-related conduct. Particular attention is given to the problematic provisions of Articles 111[1] and 111[2] of the Criminal Code of Ukraine, which — due to the excessive breadth of their dispositions, overlap with related component elements of offences, and disproportionate sanctions—complicate effective law enforcement. It is found out that these provisions also fail to account for the specifics of coerced behavior by individuals in occupied territories and create evidentiary difficulties.

Special attention is focused on military criminal offences, in respect of which the criminal justice system demonstrates functional incapacity to adequately respond to the challenges of wartime. The need is emphasized not only for revising the design of the relevant provisions but also for optimizing the performance of law enforcement and judicial bodies, particularly with regard to the principle of economy of criminal repression. The study also addresses issues of criminalizing new forms of socially dangerous conduct,

such as acts of nuclear-military terrorism, and the necessity of codifying liability for international crimes in line with the provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court.

The study concludes that the adaptability of Ukraine's criminal law policy under conditions of war remains insufficient. Despite the prompt amendments to the Criminal Code of Ukraine during the first months of the war, many of the newly introduced provisions proved inconsistent and contradictory, which complicates their practical application. To enhance effectiveness, it is essential to eliminate legislative conflicts, revise statutory constructions, implement scientifically grounded solutions, and ensure a balance between safeguarding national security and adhering to the principles of criminal law.

Key words: criminal law policy, Criminal Code, martial law, threat, criminal law provisions, sanctions, collaborationism, war crimes, military criminal offences, international crimes, nuclear-military terrorism, criminalization, law enforcement activity, qualification, punishment.

Внутрішня політика держави завжди перебуває у динаміці, віддзеркалюючи зміни політичних еліт, суперечливість інтересів соціальних груп, стан економіки, зовнішню кон'юнктуру та навіть прояви гібридної чи відкритої агресії. Політика у сфері протидії злочинності, невід'ємним складником якої є кримінально-правова політика, не становить винятку. Вона особливо чутлива до радикальних зовнішніх факторів, серед яких найпотужнішим став чинник сучасної російсько-української війни. Умови воєнного стану не лише змінили пріоритети кримінальної політики, але й продемонстрували потребу в її адаптивності — здатності швидко й адекватно реагувати на нові виклики, зберігаючи баланс між принципами права і вимогами безпеки.

Кримінально-правова політика України у воєнний період здійснюється у двох взаємопов'язаних формах — правотворчій та правозастосовній. Перша з них характеризується внесенням численних змін і доповнень до КК[460], спрямованих на криміналізацію нових суспільно небезпечних діянь, посилення відповідальності за посягання на національну безпеку та обороноздатність, уточнення складів військових злочинів. Друга форма — правозастосовна — віддзеркалює практику роботи правоохоронних органів та судів у виняткових умовах, коли потреба в оперативності часто вступає у конфлікт із вимогами юридичної

460

[460] Кримінальний кодекс України : Закон від 05.04.2001 № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text

визначеності. Кожна з цих форм виявила як позитивні результати, так і серйозні проблеми, що потребують критичного осмислення.

Запровадження воєнного стану, який уже понад три роки продовжується безперервно, породило серію масштабних викликів, насамперед безпекових, що вимагали оперативних заходів реагування з боку держави. Логічним стало питання формування стратегії захисту від системних загроз воєнно-політичного характеру, в якій кримінально-правова політика посіла одне з провідних місць. Вона покликана забезпечити одночасно і «сигнальну» функцію — чітко визначати межі дозволеного та забороненого, і примусову — гарантувати підтримання правопорядку та охорону життєво важливих благ, прав і свобод громадян, а також інтересів суспільства і держави.

Сучасна російсько-українська війна, яка розпочалася у гібридній формі 2014 р. і з 24.02.2022 набула характеру широкомасштабного вторгнення, стала найважчим викликом для України від часу відновлення її незалежності. Цей виклик закономірно змінив зміст і спрямованість кримінально-правової політики, зробивши її інструментом не лише реагування на злочинність, а й важливим елементом загальнодержавної стратегії виживання. В умовах війни традиційні завдання кримінального права доповнилися новими: протидія колабораціонізму, мародерству, військовим злочинам, ухиленню від мобілізації, забезпечення правової реакції на злочини агресії та злочини проти людяності. Водночас практика показала, що не всі законодавчі новації були вдалими: швидкість прийняття рішень зумовила низку помилок, дублювань і нечітких формулювань, що потенційно ускладнюють правозастосування.

Воєнний фактор докорінно трансформував соціальні зв'язки та ролі суб'єктів формування й реалізації кримінально-правової політики. Якщо раніше ключовими джерелами її змісту були Конституція України та кримінальне законодавство як система бланкетних норм, то нині з'явилися спеціальні закони воєнного часу, що безпосередньо визначають засади протидії агресії (наприклад, Закон «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» № 2114-IX від 03.03.2022[461]). Одночасно відбулося посилення інституційного виміру: СБУ, органи прокуратури та суди працюють у режимі постійної мобілізації, поєднуючи функції забезпечення правопорядку з протидією воєнним злочинам.

У таких умовах кримінально-правова політика виконує функцію своєрідного «правового щита», що захищає державність від внутрішніх і

461

[461] Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України : Закон від 03.03.2022 № 2114-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20#Text

зовнішніх загроз. Її завданням стало не лише реагування на кримінальні прояви, але й забезпечення гармонізації національного законодавства з міжнародними стандартами, адже масштаб злочинів, вчинених під час війни, має як національний, так і глобальний вимір. Саме тому важливою складовою адаптивності є синхронізація з інструментами міжнародної кримінальної юстиції, включно з МКС.

Таким чином, адаптивність кримінально-правової політики у воєнний період виявляється у здатності держави швидко змінювати правове поле, реагувати на нові загрози та водночас намагатися зберігати фундаментальні засади верховенства права. Ця адаптивність має як позитивні прояви — розширення механізмів захисту національної безпеки, криміналізація колабораціонізму, посилення санкцій за суспільно небезпечні діяння, — так і негативні наслідки у вигляді нестабільності законодавства та ризиків популізму. Дослідження цих тенденцій дозволяє не лише краще зрозуміти логіку розвитку кримінального права у період війни, а й створити підґрунтя для формування більш зваженої та послідовної політики у майбутньому.

У науковій літературі є багато різних підходів до розуміння кримінально-правової політики, це не є предметом даного дослідження.

Ми в цілому підтримаємо позицію доктора юридичних наук, професора П. Л. Фріса, який тривалий час досліджує проблеми кримінально-правової політики і який за цей час переглянув деякі власні концептуальні погляди щодо предмету кримінально-правової політики, її місця у системі суспільних наук, кола завдань, які нею вирішується та ін., що, у принципі, вбачається науково коректним, адже застій в науці не призводить до позитивних наслідків[462], і який пропонує розуміти *кримінально-правову політику України* як елемент (складову) політики держави у сфері боротьби зі злочинністю, який являє собою засновану на національній ідеології кримінально-правової політики систему теорій, поглядів, ідей щодо розуміння злочинного, караності за злочин, визначення підходів до державно-правового реагування на злочин, нормативного регулювання та охорони суспільних відносин, цінностей, благ та інтересів нормами кримінального закону та їх реалізація в діяльності уповноважених суб'єктів[463, 464].

---

[462] Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики : монографія. Івано-Франківськ : Супрун В. П. 2021. С. 181

[463] Там само. С. 187.

[464] Фріс П. Л. Політика кримінально-правова. Велика українська кримінологічна енциклопедія. У 2 т. Т. 2 : М-Я / редкол. : В. В. Сокуренко (голова), О. М. Бандурка (співголова) та ін. : наук. ред. О. М. Литвинов. Харків : Факт, 2021.С. 300.

Водночас не можу погодитись з використанням П. Л. Фрісом терміну «боротьба» для визначення вказаного виду політики держави, вважаю більш прийнятним вживання терміну «протидія». З цього приводу варто зауважити, що етимологічно термін «боротьба» означає сутичку, в якій кожний з учасників намагається подужати супротивника, а в соціальному аспекті — «активне противенство, зіткнення між супротивними соціальними групами, станами, супротивними напрямами, течіями в суспільстві». Стосовно злочинності, використання цього терміну є доречним у контексті застосування заходів кримінальної репресії, тобто заходів кримінально-правового впливу до осіб, котрі вже вчинили злочини. Очевидно, що така діяльність не охоплює превентивну складову протидії злочинності. Етимологія поняття «протидія» має значення дії, що спрямована проти іншої дії, перешкоджає їй. Термін «протидіяти» означає спрямовувати дію проти кого-, чого-небудь, діяти всупереч комусь, чомусь; спрямовуватися проти іншої дії. У кримінологічному розумінні він охоплює як репресивну, так і превентивну складову діяльності з протистояння злочинності. Саме таке розуміння протидії злочинності набуло поширення останніми роками як у науковій літературі, так і в законотворчій діяльності[465].

Законодавчі прояви адаптивності кримінально-правової політики у воєнний період доцільно систематизувати та класифікувати за критерієм змісту загрози та відповідної реакції на неї в межах кримінально-правової політики. Найбільш вдалою вбачається класифікація, запропонована Ю. В. Орловим, який поділяє зазначені адаптаційні інструменти на такі функціональні групи: безпосередньо пов'язані з агресією та опосередковані нею. До адаптаційних інструментів, що безпосередньо пов'язані з агресією РФ, автор відносить законодавчі заходи протидії щодо здійсненню країною–агресором ефективного контролю на ТОТ і полегшенню розширення їх зони за рахунок кримінально-правової заборони сприянню діяльності окупаційних сил (криміналізація 03.03.2022 колабораційної діяльності (ст. 111^1 КК) та 14.04.2022 — пособництва державі–агресору (ст. 111^2 КК)); забезпечення додаткових гарантій ефективної дії ЗСУ щодо відсічі агресії РФ через встановлення 24.03.2022 кримінально-правової заборони несанкціонованого поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань,

[465] Турлова Ю. А. Екологічна злочинність в Україні: кримінально-правові та кримінологічні засади протидії : монографія. Київ : Знання України, 2018. С. 324–325.

вчиненого в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 114^2 КК); залучення максимального кола осіб (передусім цивільних) до справи відсічі збройної агресії РФ проти України через міжгалузеве продовження концепції Закону «Про основи національного спротиву» від 16.07.2021 № 1702-IX шляхом доповнення 15.03.2022 переліку обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння новою, зафіксованою у ст. 43^1 КК, «виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України»[466].

Умови широкомасштабної збройної агресії РФ проти України зумовили докорінну трансформацію кримінально-правової політики держави, яка виявилася особливо чутливою до новітніх загроз і потребувала швидкого реагування. Щодо першої зі складових адаптаційних інструментів, що *безпосередньо пов'язані з агресією РФ*, зауважимо, що доповнення КК у березні та квітні 2022 р. статтями 111^1 «Колабораційна діяльність»[467] та 111^2 «Пособництво державі–агресору»[468] стало відповіддю на безпрецедентні виклики, зумовлені широкомасштабною агресією РФ. Обидві норми покликані забезпечити належний рівень охорони національної безпеки, запобігти співпраці громадян України з окупантом, масовому поширенню колабораціоністських практик, підтримки та легітимації агресора, а також притягати до відповідальності осіб, які сприяють агресорові у будь-якій формі. Водночас практика їхнього застосування засвідчила численні проблеми як на рівні законодавчої техніки, так і у сфері правозастосування, що викликало широку дискусію серед науковців і практиків (Гусаров С. М., 2025; Дудоров О. О., 2022; Мовчан Р. О., 2022; Орлов Ю. В., 2022; Острогляд О. В. 2022; Письменський Є. О., 2024).

Попри свою історичну та політичну актуальність, новели 2022–2023 рр. відразу виявили низку системних проблем. Йдеться насамперед про:

- відсутність внутрішньої системності в оновленні КК;

---

[466] Орлов Ю. В., Прібиткова Н. О. Війна та кримінально-правова політика України: виклики і відповіді. *Право і безпека.* 2022. № 2 (85). С. 41–42. DOI: https://doi.org/10.32631/pb.2022.2.04

[467] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність : Закон від 03.03.2022 № 2108-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#Text

[468] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуальних кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки : Закон від 14.04.2022 № 2198-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198-20#Text

• недосконаліть диспозицій ст. 111^1 КК і ст. 111^2 КК;
• конкуренцію та навіть колізії кримінально-правових норм;
• складнощі у правозастосуванні, пов'язані з доказуванням умислу, колом суб'єктів та межами допустимості кримінальної відповідальності.

Статті 111^1 і 111^2 КК були ухвалені у надзвичайно стислі строки, в умовах потреби швидкого реагування. Такий «турборежим» законодавчої діяльності призвів до того, що диспозиції обох норм характеризуються надмірною широтою та оціночністю.

Так, у ст. 111^1 КК перелік форм колабораційної діяльності сформульовано занадто широко. Формулювання ст. 111^1 КК охоплює надто широкий спектр діянь — від публічного схвалення дій агресора до зайняття посад в окупаційних органах влади. Під «інформаційною діяльністю» на користь агресора може підпадати будь-яке висловлювання, яке прямо чи опосередковано співзвучне з позицією держави–агресора. Це створює ризик криміналізації навіть тих дій, які за своєю суттю є формою свободи вираження поглядів, що охороняється ст. 34 Конституції України та міжнародними договорами. Подібна невизначеність породжує ризики свавільного тлумачення, що суперечить принципу юридичної визначеності. Відсутність чіткого розмежування між різними формами колабораційної діяльності фактично дозволяє ототожнювати діяння різного ступеня суспільної небезпечності, що негативно впливає на пропорційність кримінально-правової реакції.

Не менш проблемною виявилася і ст. 111^2 КК, яка передбачає відповідальність за пособництво державі–агресору. Зазначена кримінально-правова норма оперує занадто загальним формулюванням «надання допомоги», що дозволяє відносити до нього як цілком очевидні дії (надання технічних засобів, фінансування), так і сумнівні випадки (надання гуманітарної допомоги, адміністративне сприяння під примусом). Диспозиція норми сформульована надзвичайно широко і фактично дублює низку суміжних складів злочинів (державна зрада, терористична діяльність, диверсія тощо). У результаті виникає конкуренція норм, коли одна й та сама поведінка може кваліфікуватися за кількома статтями, що суперечить принципу визначеності закону (*nullum crimen sine lege certa*), знижує ефективність правозастосування і створює ризики подвійного переслідування.

Найбільшою проблемою виявилася *конкуренція і навіть пряма колізія* між новелами 2022 р. та низкою вже існуючих статей КК.

По-перше, частина складів злочинів, передбачених ст. 111^1 КК, фактично перетинається з державною зрадою (ст. 111 КК). Так, дії у формі співпраці з окупаційними адміністраціями або передача відомостей

агресору одночасно мають ознаки і колабораціонізму, і державної зради. Це створює ситуацію конкуренції норм, яка вирішується на користь ст. 111 КК як більш загальної, проте на практиці породжує хаотичність кваліфікації. Не вносить у зазначену ситуацію визначеність і видання ВС «Розмежування колабораційної діяльності із суміжними складами кримінальних правопорушень», підготовлене суддями ККС ВС Н. Антонюк і Г. Анісімовим, в якому зазначається: «Лише сам факт добровільного зайняття громадянином України посади є достатнім для притягнення особи до кримінальної відповідальності за відповідними частинами ст. 111[1] КК (2, 5 чи 7), однак реальне здійснення функцій на зайнятій посаді може отримати окрему кваліфікацію як державна зрада[469].

Ілюстрацією цієї проблемної ситуації є приклад із судової практики, що наводить С.В. Лосич. Так, відповідно до вироку Холодногірського районного суду м. Харкова від 28.05.2025 у справі № 642/1021/23, особу обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 111 КК за таких обставин: в період часу з 20.03.2022 по 08.06.2022, обвинувачена, будучи громадянкою України, обіймаючи посаду поліцейського з логістики, перебуваючи на ТОТ міста Ізюм, Харківської області, в невстановленому місці, протиправно, умисно, за власним бажанням, не маючи на те відповідних встановлених законодавством повноважень, без отримання будь-яких вказівок від керівництва, з метою надання допомоги ворожій державі РФ та заподіяння шкоди суверенітетові, територіальній цілісності та недоторканості, державній та інформаційній безпеці України, в період збройного конфлікту в умовах воєнного стану, вступила у контакт з невстановленими в ході досудового розслідування представниками збройних формувань РФ на території міста Ізюм Харківської області. В подальшому, обвинувачена отримала від вказаних осіб пропозицію про співпрацю з представниками РФ, з метою становлення та зміцнення окупаційної влади РФ та недопущення контролю України над територією міста Ізюм, тобто переходу на бік ворога, що виражалося у наданні інформації про місця розташування адміністративних будівель та здійсненні патрулювання міста Ізюм Харківської області, а також вступі до незаконно створеного органу з метою забезпечення громадського порядку в інтересах окупаційної влади міста Ізюм, а також забезпечення безпечного перебування

[469] Антонюк Н., Анісімов Г. Розмежування колабораційної діяльності із суміжними складами кримінальних правопорушень. Верховний Суд. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/2022_prezent/2022_07_22_Antonuk_Anisimov.pdf 469

військовослужбовців РФ на вказаній території[470]. Аналіз наведеного судового вироку надає підставу автору для констатації, що фактично особою було вчинено добровільне зайняття посади в незаконних правоохоронних органах, створених на ТОТ, кримінальна відповідальність за яке передбачено ч. 7 ст. 111[1] КК, оскільки місцем вчинення злочину була на той час ТОТ — м. Ізюм Харківської області. Проте таке діяння було кваліфіковане як перехід на бік ворога, вчинений в умовах воєнного стану. Одночасно із цим необхідно відзначити, що низка аналогічних ситуацій була кваліфікована як колабораційна діяльність, інша частина — за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 111 та 111[1] КК, в окремих випадках третьою нормою ставала або ст. 260 КК (створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань), або ст. 258[3] КК (створення терористичної групи чи терористичної організації)[471]. Ситуація ще ускладнюється відсутністю чіткого розмежування між нормами ст. 111[1] та ст. 111[2] КК. Як справедливо зауважує Д. О. Балобанова, не зрозумілою є відмінність пособництва державі–агресору від колабораційної діяльності. Пособництво державі–агресору передбачає «умисні дії, спрямовані на допомогу державі–агресору (пособництво), збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави–агресора, вчинені громадянином України, іноземцем чи особою без громадянства, за винятком громадян держави–агресора, з метою завдання шкоди Україні…» (ст. 111[2] КК), але ці ж самі дії можуть бути виконані в межах колабораційної діяльності. Наприклад, «передача матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на ТОТ, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави–агресора, та/або провадження господарської діяльності у взаємодії з державою–агресором, незаконними органами влади, створеними на ТОТ, у тому числі окупаційною адміністрацією держави–агресора» (ч. 4 ст. 111[1] КК); «добровільне зайняття громадянином України посади, пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на ТОТ, у тому числі в окупаційній адміністрації держави–агресора, або добровільне обрання до таких органів, а також участь в організації та проведенні незаконних виборів

470

471

[470] Вирок Холодногірського районного суду м. Харкова від 28.05.2025 у справі № 642/1021/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/127669327

[471] Лосич С. В. Тенденції розвитку кримінально-правової політики України в умовах воєнного стану. *Центральноукраїнський вісник права та публічного управління.* 2025. № 2 (10). С. 78. DOI: https://doi.org/10.32782/cuj-2025-2-8

та/або референдумів на ТОТ або публічні заклики до проведення таких незаконних виборів та/або референдумів на ТОТ» (ч. 5 ст. 111^1 КК); «організація та проведення заходів політичного характеру, здійснення інформаційної діяльності у співпраці з державою–агресором та/або його окупаційною адміністрацією, спрямованих на підтримку держави–агресора, її окупаційної адміністрації чи збройних формувань та/або на уникнення нею відповідальності за збройну агресію проти України, за відсутності ознак державної зради, активна участь у таких заходах» (ч. 6 ст. 111^1 КК). Тобто, ст. 111^1 КК детальніше описує ті дії, що можуть бути вчинені й в межах ст. 111^2 КК[472].

По-друге, у ст. 111^1 КК та ст. 111^2 КК наявні перетини не тільки з іншими кримінальними правопорушеннями проти основ національної безпеки України, але й із воєнними злочинами. Наприклад, організація «референдумів» на ТОТ може бути кваліфікована як колабораційна діяльність, або як посягання на територіальну цілісність і недоторканність України (ст. 110 КК), або як пособництво агресору. У результаті правоохоронні органи опиняються у ситуації множинності кваліфікацій, що суперечить принципу правової визначеності.

По-третє, окрему увагу заслуговує співвідношення ст. 111^1 КК та ст. 436^2 КК («виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії РФ проти України, глорифікація її учасників»). Обидві статті стосуються інформаційної сфери та містять подібні об'єктивні ознаки. Як справедливо зазначає М. І. Хавронюк, відмежування можливе лише за окремими критеріями: у ст. 436^2 КК немає ознаки публічності, властивої для ч.1 ст. 111^1 КК; суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 111^1 КК, може бути будь-яка особа, а для злочину, передбаченого ст. 436^2 КК, характерним є спеціальний суб'єкт — громадянин України; відповідно до ч. 1 ст. 111^1 КК зазначене заперечення здійснюється у формі співпраці з державою–агресором та з метою спричинити шкоду державі Україна, її патріотам чи союзникам; для злочину, передбаченого ст. 436^2 КК, ці ознаки не обов'язкові. Водночас, якщо громадянин України в умовах окупації, діючи у формі співпраці з державою–агресором та з метою спричинити шкоду державі Україна, публічно заперечує здійснення збройної агресії проти України, то відповідно до правил вирішення конкуренції кримінально-правових норм таке діяння мало

[472] Балобанова Д. О. Визначеність нових норм про злочини проти національної безпеки України. *Українська кримінальна юстиція в умовах війни*: матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції (м. Львів, 9–11 червня 2022 року) / упорядник І. Б. Газдайка-Василишин. Львів : ЛьвДУВС, 2022. 272 с. С. 11–12. URL: https://dspace.lvduvs.edu.ua/handle/1234567890/4827

472

би бути кваліфіковане за ч. 1 ст. 111[1] КК. Проте, тут має місце не конкуренція, а колізія — суперечність норм, що регулюють одні й ті ж правовідносини: вчинене діяння охоплюється і ч. 1 ст. 111[1] КК, і ст. 436[2] КК. Це помилка законодавця, яку треба виправити. Поки ж вона не виправлена, колізію слід вирішувати за правилами вирішення темпоральних колізій[473].

Такий стан речей є наслідком відсутності системності законодавчих змін. У період з 24.02.2022 по вересень 2025 р. до КК було внесено 39 змін, які, майже усі, зумовлені широкомасштабною збройною агресією РФ проти України, серед яких криміналізація нових діянь, посилення санкцій, введення кваліфікуючих ознак «в умовах воєнного стану» тощо. Більшість із цих новел була обґрунтованою, однак їх прийняття відбувалося без належної уніфікації. У результаті виникло дублювання та суперечності у кваліфікації, що вже сьогодні спричиняє численні проблеми у правозастосуванні.

Недоліки диспозицій та колізії норм зумовили низку практичних труднощів у правозастосуванні:

Коло суб'єктів. Законодавство не враховує специфіку дій осіб, які перебувають під окупацією та змушені взаємодіяти з окупаційною владою для забезпечення базових потреб. Так, чисельними є ситуації на ТОТ, коли громадяни України, які опинились в умовах інформаційної ізоляції, тотального контролю окупаційної влади, вимушено сприяють у тій чи іншій формі окупаційній адміністрації та співпрацюють з нею, керуючись мотивами фізичного убезпечення себе та близьких від можливих репресивних дій окупаційної влади, так і збереження власного майна, бізнеса тощо. Відтак, виникає питання щодо моральної обґрунтованості криміналізації дій громадян України, які не за своєї вини опинились в окупації та не виїхали на підконтрольну територію з різних причин, особливо з огляду на те, що держава фактично не забезпечила належним чином облаштування внутрішньо переміщених осіб, які, як відомо, мають проблеми із забезпеченням житлом, особливо довгостроковим, недоступністю фінансових програм для внутрішньо переміщених осіб, проблеми з працевлаштуванням та отриманням соціальних виплат, а також труднощі у доступі до правосуддя та спеціалізованих послуг. Саме ці причини зумовлюють шокуючу ситуацію: певна частина внутрішньо переміщених осіб повертаються назад на

473

[473] Хавронюк М. За виправдовування збройної агресії РФ проти України — кримінальна відповідальність. URL: https://pravo.org.ua/blogs/vypravdovuvannya-zbrojnoyi-agresiyi-rf-proty-ukrayiny-kryminalna-vidpovidalnist/

окуповані території[474]. Як зазначається у науковій літературі, кримінальна відповідальність за колабораційну діяльність настає лише в тому разі, коли акти колабораційної діяльності вчиняються особою добровільно, а не під примусом. Згідно з ч. 1 ст. 40 КК, діяння, що заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, не є кримінально караним лише в тому разі, коли воно було вчинене під безпосереднім впливом непереборного фізичного примусу, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками. Питання про кримінальну відповідальність особи за заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам під впливом переборного фізичного примусу, внаслідок якого вона зберігала можливість керувати своїми діями, а також психічного примусу, вирішується відповідно до положень КК про крайню необхідність. В тих випадках, коли стану крайньої необхідності не було, діяння вчинюване під впливом переборного фізичного примусу або психічного примусу, є кримінально караним, а наявність такого примусу розглядається як обставина, що пом'якшує покарання[475]. Масове застосування ст. 111^1 КК та ст. 111^2 КК може призвести до появи категорії «побутового колабораціонізму», коли під кримінальне переслідування потрапляють особи, які змушені були взаємодіяти з окупаційними адміністраціями для забезпечення елементарних потреб (лікування, харчування, отримання соціальної допомоги). Відсутність у законі чітких винятків або критеріїв «вимушеності» поведінки спричиняє ризик криміналізації значної кількості населення окупованих територій, що може мати негативні наслідки для процесу реінтеграції після деокупації.

Наведене засвідчує актуальну потребу у законодавчому уточненні суб'єктивних ознак колабораційної діяльності, зокрема її добровільного характеру, що зазначені у частинах 2, 5, 7 ст. 111^1 КК. Крім того, не зовсім зрозумілою є позиція законодавця щодо суб'єктного складу у ч. 4 та у ч. 6 ст. 111^1 КК, адже якщо в усіх частинах цієї статті зазначений спеціальний суб'єкт — громадянин України, то у ч. 4 та ч. 6 ст. 111^1 КК така вказівка відсутня.

Проблеми караності. Як відомо, однією зі складових кримінально-правової політики є пеналізація посягань, тобто процес визначення

[474] Українці масово повертаються в окупацію? Що не так із заявленими цифрами. URL: https://www.radiosvoboda.org/a/chy-povertayutsya-ukrayintsi-zhyty-v-okupatsiyu/33223997.html

[475] Василенко Ю. В. Колабораційна діяльність: кримінально-правова характеристика складу кримінального правопорушення. *Часопис Київського інституту інтелектуальної власності та права.* 2022. № 1. С. 5–6. DOI: https://doi.org/10.32782/chasopyskiivp/2022-1-1

характеру караності суспільно небезпечних діянь, а також їхню практичну караність, тобто процес призначення кримінального покарання в судовій практиці. Пеналізація може бути як законодавчою (визначення кримінальною нормою виду та меж караності), так і правозастосовною (призначення покарання на практиці). Стосовно першого виду пеналізації варто зауважити, що проблема встановлення видів і розмірів покарань, тобто формування санкцій (як вони будуються; чи існують якісь правила, критерії їх створення, якими є межі санкцій, яким має бути співвідношення видів і розмірів покарання в них і т. ін.), залишається в теорії кримінального права «білою плямою», адже дотепер відсутні системні дослідження щодо проблеми побудови санкцій як системи взаємопов'язаних явищ. Невирішеність цієї проблеми позначається і на законодавчій, і на правозастосовній практиці[476]. Поспішність досліджуваних законодавчих змін ще більшою мірою проілюстрували наявність згаданої проблеми. Як зазначалось вище, КК було доповнено ст. 111^2 КК відповідно до Закону від 14.04.2022 № 2198-IX, в назві якого зазначалась мета його прийняття — удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність[477]. Вочевидь, досягнути цієї мети не вдалося з огляду на відсутність чіткого розмежування між диспозиціями норм ст. 111^1 КК та ст. 111^2 КК.

Водночас, проблема не тільки у диспозиціях. Так, санкція ст. 111^2 КК передбачає позбавлення волі на строк від 10 до 12 років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від 10 до 15 років та з конфіскацією майна або без такої. Разом із тим, одна із альтернативних форм пособництва державі–агресору, а саме передача матеріальних ресурсів чи інших активів представникам держави–агресора, її збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави–агресора, одночасно передбачена ч. 4 ст. 111^1 КК як колабораційне кримінальне правопорушення — «передача матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на ТОТ, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави–агресора, та/або провадження господарської діяльності у взаємодії з державою–агресором, незаконними органами влади,

[476] Турлова Ю. А. Екологічна злочинність в Україні: кримінально-правові та кримінологічні засади протидії : монографія. Київ : Знання України, 2018. С. 285–286.

477

[477] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуальних кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки : Закон від 14.04.2022 № 2198-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198-20#Text

створеними на ТОТ, у тому числі окупаційною адміністрацією держави–агресора». Санкція ч. 4 ст. 111^1 КК передбачає штраф до 10 000 НМДГ або позбавленням волі на строк від 3 до 5 років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від 10 до 15 років та з конфіскацією майна. Тобто наявна ситуація коли різними кримінально-правовими нормами, прийнятими з інтервалом у кілька тижнів, фактично одне й те саме діяння відповідно до положень ст. 12 КК оцінюється або як нетяжкий злочин (ч. 4 ст. 111^1 КК) або як особливо тяжкий злочин (ст. 111^2 КК).

Варто погодитись із висловленою у науковій літературі думкою, що очевидна парадоксальність цієї колізії полягає в тому, що одним і тим же нормативно-правовим актом передбачена можливість одне і те ж суспільно небезпечне діяння кваліфікувати по-різному і карати зовсім різними видами, строками та розмірами покарань: у випадку кваліфікації таких дій за ч. 4 ст. 111^1 КК можна обійтись штрафом в розмірі 30 НМДГ, що становить 510 грн. (адже нижня межа основного покарання у виді штрафу в частині 4 ст. 111^1 КК не визначена), щоправда з обов'язковими додатковими покараннями у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк мінімум 10 років та у виді конфіскації майна; у випадку ж кваліфікації такого діяння за статтею ст. 111^2 КК — основне покарання повинне становити як мінімум десять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк 10 років та з конфіскацією майна (яка у цій санкції передбачена уже як факультативне додаткове покарання). Вирішувати цю колізію (яка водночас є і темпоральною, і змістовною) слід виходячи із принципу тлумачення усіх сумнівів на користь особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Тому передачу матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на ТОТ, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави–агресора слід кваліфікувати як колабораційну діяльність за частиною 4 ст. 111^1 КК, оскільки її санкція загалом є менш суворою, аніж санкція ст. 111^2 КК[478].

Крім того, частинами 1 і 2 ст. 111^1 КК передбачене як основне безальтернативне покарання позбавлення права обіймати певні посади

[478] Газдайка-Василишин І. Б., Созанський Т. І. Розмежування колабораційної діяльності та пособництва державі–агресору. *Українська кримінальна юстиція в умовах війни*: матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції (м. Львів, 9–11 червня 2022 року) / упорядник І. Б. Газдайка-Василишин. Львів : ЛьвДУВС, 2022. 272 с. С. 61–62. URL: https://dspace.lvduvs.edu.ua/handle/1234567890/4827 478

або займатися певною діяльністю. Водночас, відповідно до ст. 98 КК цей вид основного покарання не застосовується до неповнолітніх. Відтак, у випадку вчинення зазначеного кримінального правопорушення неповнолітньою особою до неї не може бути застосований жодний вид покарання. Р. М. Шестопалов наводить узагальнений кримінологічний портрет осіб, притягнутих до відповідальності за ч. 1 ст. 111[1] КК: як правило, це маргінальні індивідууми, які ведуть аморальний та антисоціальний спосіб життя, ніде не працюють і не навчаються, зловживають спиртними напоями чи наркотичними або психотропними речовинами, позбавлені, в більшій мірі, логічного, критичного та креативного мислення. У зв'язку з цим, автор ставить риторичне питання: яким чином позбавлення за вироком суду для такої особи права займати посади в органах державної влади чи місцевого самоврядування на строк від десяти до п'ятнадцяти років може сприяти їх виправленню, чи, запобігти вчиненню таких діянь іншими подібними особами?! І сам відповідає на нього пропозицією взагалі виключити ч. 1 ст. 111[1] КК як «процесуальне посміховисько»[479].

Продовжувати приклади непропорційності санкцій досліджуваних норм можна й далі, водночас, це не змінює висновку щодо наявного дисбалансу між небезпечністю діяння та суворістю відповідних санкцій, що ускладнює судову практику.

Проблеми доказування. Значна частина діянь вчиняється на окупованих територіях, де українські правоохоронні органи не мають доступу. Це зумовлює проблеми зі збором доказів та підвищує роль свідчень і матеріалів відкритих джерел (зокрема соцмереж). Так, публічне схвалення дій агресора часто реалізується у формі висловлювань у соціальних мережах, що вимагає складної експертизи змісту повідомлень, контексту та намірів особи. Зазначене вимагає від сторони обвинувачення визначення та проведення якомога більшого комплексу слідчих (розшукових) та процесуальних дій з метою перевірки інформації про факт можливої колабораційної діяльності та пособництва державі–агресору, а у випадку її підтвердження, — здобуття достатніх доказів вчинення таких злочинів. Встановлення та огляд засобів масової інформації, веб-сторінок, груп та каналів у месенджерах, а також соціальних мережах, дозволить отримати фото та відео вчинення колабораційної

[479] Шестопалов Р. М. Колабораційна діяльність та заперечення збройної агресії проти України: недосконалості юридичної техніки чи логіки. *Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління.* 2024. № 1(29). С. 38–39. DOI: https://doi.org/10.32689/2617-9660-2024-1(29)-36-41

діяльності, які у сукупності з показами свідків сформують доказову базу у вказаній категорії справ.

Проте, слід враховувати, що інформація з відкритих джерел з часом може бути видалена чи знищена, тоді як ч. 1 ст. 23 КПК передбачає безпосереднє дослідження судом доказів. Постановою ККС від 24.11.2020 у справі № 481/227/18 визначено, що докази, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, не можуть бути визнані допустимими і враховані при постановленні судового рішення судом, крім випадків, передбачених зазначеним Кодексом. Враховуючи, що питання про винуватість особи буде вирішуватися за результатами судового розгляду, що включатиме безпосереднє дослідження доказів, стороні обвинувачення слід дотримуватися вимог КПК та судової практики з означеного питання.

Як визначає ч. 4 ст. 99 КПК, копія інформації, у тому числі комп'ютерних даних, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, електронних комунікаційних системах, інформаційно-комунікаційних системах, комп'ютерних системах, їх невід'ємних частинах, виготовлені слідчим, прокурором із залученням спеціаліста, визнаються судом як оригінал документа. Водночас суди, маючи на меті додержання засади безпосередності дослідження доказів, отриманих шляхом огляду інтернет-ресурсів, ставлять питання про дослідження в ході судового засідання інформаційного ресурсу, з якого виготовлена копія відповідної інформації, що не завжди може бути реалізовано через її видалення. З урахуванням означеного, з метою забезпечення доступності інформації у відкритих джерелах ОГП орієнтує, що слід здійснювати її цифрове зберігання — архівацію, яка дає змогу захистити та зберегти інформацію з плином часу, включаючи її справжність, доступність, ідентичність, постійність, рендеринг (візуалізацію) та зрозумілість. Саме ці індикатори цифрової інформації, як зазначено у Протоколі Берклі, підлягають захисту та збереженню. Натомість вказаний протокол охоплює питання щодо професійних, методологічних та етичних принципів діяльності з використання цифрової інформації, правові рамки використання цифрової інформації у відкритому доступі, широкі безпекові застереження, засоби, методи та форми здійснення такої діяльності, звітування про її результати. Попри те, що він зосереджений на використанні цифрової інформації у відкритому доступі для розслідування порушень міжнародного кримінального права з прав людини та гуманітарного права, він цілком є застосовним до використання

інформації для розслідувань інших порушень, зокрема колабораційної діяльності[480].

Співвідношення з міжнародними стандартами. Відсутність чіткого розмежування колабораційної діяльності та злочинів проти людяності чи воєнних злочинів ускладнює подальшу синхронізацію із міжнародною кримінальною юстицією. Зокрема йдеться щодо ч. 4 ст. 111[1] КК, що передбачає кримінальну відповідальність за провадження господарської діяльності у взаємодії з державою–агресором, незаконними органами влади, створеними на ТОТ, у тому числі окупаційною адміністрацією держави–агресора. Така заборона не відповідає положенням статті 48 IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі від 18.10.1907, а саме — якщо на окупованій території окупант стягує визначені такою державою податки, мита і збори, він здійснює це, за можливості, відповідно до чинних правил оподаткування та їхньої сфери дії, внаслідок чого на нього покладається обов'язок нести витрати по управлінню окупованою територією у тій самій мірі, як це був зобов'язаний робити законний уряд[481]. З огляду на невідповідність зазначеної кримінально-правової норми міжнародним договорам, згоду на обов'язковість виконання яких надано ВРУ, Р. М. Шестопалов пропонує її декриміналізувати[482].

З моменту криміналізації колабораційної діяльності та пособництва державі–агресору відповідно до форми № 1 ОГП «Єдиний звіт про кримінальні правопорушення» станом на 01.09.2025 усього обліковано 12583 кримінальних правопорушень за ст. 111[1] КК і ст. 111[2] КК[483]. Незважаючи на стабільне зниження кількості облікованих кримінальних правопорушень за ст. 111[1] КК і ст. 111[2] КК відтворення кримінальних практик цих категорій триває. Зокрема, як зазначає В. С. Батиргареєва,

480 [480] Проблеми доказування злочинів про колабораційну діяльність: аналіз прокурора Офісу Генерального прокурора. URL: https://www.helsinki.org.ua/articles/problemy-dokazuvannia-zlochyniv-pro-kolaboratsiynu-diialnist-analiz-prokurora-ofisu-heneralnoho-prokurora/

481 [481] IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї : Положення про закони і звичаї війни на суходолі (Гаага, 18.10.1907, дата набрання чинності для України — 24.08.1991). URL: https:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text

482 [482] Шестопалов Р. М. Колабораційна діяльність та заперечення збройної агресії проти України: недосконалості юридичної техніки чи логіки. *Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління.* 2024. № 1(29). С. 39. DOI: https://doi.org/10.32689/2617-9660-2024-1(29)-36-41

483 [483] Форма № 1 (місячна) «Єдиний звіт про кримінальні правопорушення» : затв. наказом Генерального прокурора від 30.06.2020 № 299 за погодженням з Державною службою статистики України. URL: https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravoporushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2

йдеться про різноманітні форми колабораціонізму та інформаційних маніпуляцій у медіапросторі, серед яких: сприяння діяльності окупаційних адміністрацій, організація фейкових «референдумів» і виборчих кампаній на захоплених територіях, примусова «паспортизація» та співпраця українських громадян з окупантами в адміністративній, економічній, медійній та інших сферах, поширення російських наративів, відкритий прояв підтримки агресора[484].

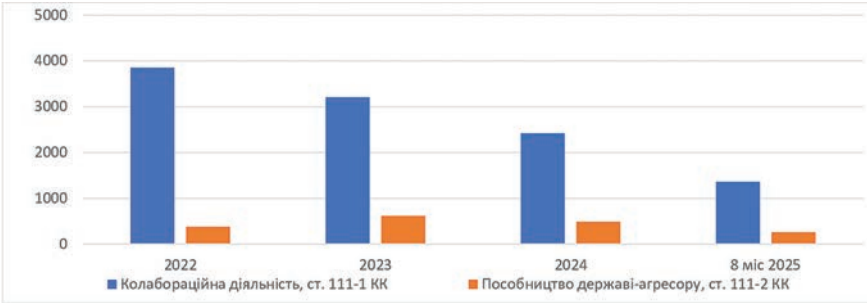


Рис. 1. Кількість облікованих випадків колабораційної діяльності та пособництва державі–агресору в Україні протягом 2022 — 8 місяців 2025 рр.

Отже, як засвідчують наведені вище дані (рис. 1), криміналізація колабораційної діяльності та пособництва державі–агресору є об'єктивно необхідною реакцією на безпрецедентні виклики збройної агресії. Водночас поспішність законодавчих змін, відсутність їх системності та недосконаліть диспозицій призвели до появи низки проблем: конкуренції та колізій норм, ризиків надмірної криміналізації, непропорційності та неузгодженості санкцій, труднощів у доказуванні та забезпеченні правової визначеності. Тільки системний підхід дозволить знизити кількість колізій та забезпечити ефективність кримінально-правової політики України в умовах війни. Вирішення цих проблем потребує:

- уніфікації законодавства та уникнення дублювання норм;
- чіткого визначення диспозицій, особливо в частині інформаційних злочинів;
- встановлення критеріїв вимушеності дій під окупацією;

[484] Батиргареєва В.С. Трансформації криміногенного середовища у транзитивному суспільстві України. *Злочинність в Україні: сучасний стан та погляд у майбутнє* : матеріали заоч. наук. практ. круглого столу (6 трав. 2025 р.) : електрон. наук. вид. / [уклад. А. В. Калініна] ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В.В. Сташиса НАПрН України. Харків : Право, 2025. 194 с. С. 11. DOI: https://doi.org/10.31359/9786178617035

• гармонізації національного законодавства з міжнародними стандартами.

Що стосується такої складової кримінально-правової політики в умовах війни як *забезпечення додаткових гарантій ефективної дії ЗСУ щодо відсічі агресії РФ* через встановлення 24.03.2022 кримінально-правової заборони несанкціонованого поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 114[2] КК)[485], вона теж є об'єктивно зумовлена такими обставинами. Після початку повномасштабної збройної агресії РФ 24.02.2022 значна кількість користувачів соціальних мереж, зокрема блогерів, почала поширювати фото- та відеоматеріали, що відображали переміщення підрозділів ЗСУ, роботу систем протиповітряної оборони, факти вибухів та інші подібні явища. Подібна практика створювала реальну загрозу для безпеки як держави, так і цивільного населення, оскільки могла використовуватися противником для коригування вогню чи отримання розвідувальної інформації.

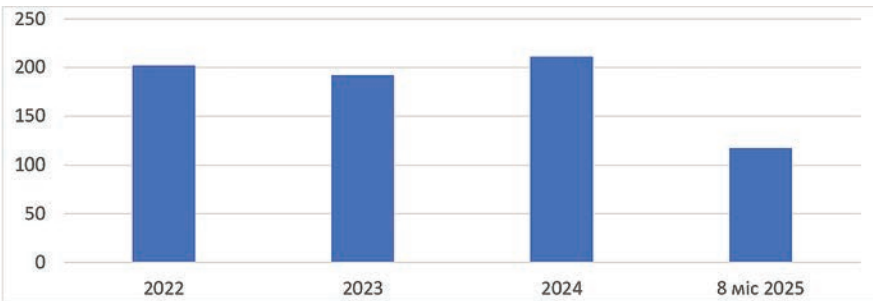


Рис. 2. Кількість облікованих випадків несанкціонованого поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану в Україні протягом 2022 — 8 місяців 2025 рр.

[485] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану : Закон від 24.03.2022 № 2160-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2160-20#Text

485

За весь час дії норм ст. 114[2] КК усього було обліковано 722 таких кримінальних правопорушень. Як засвідчує наведена вище діаграма (рис. 2) рівень їх відтворення є досить стабільним. У цьому контексті обмеження на публікацію у відкритому доступі зображень бойової техніки, результатів роботи систем ППО та наслідків ракетних ударів одразу після їхнього здійснення слід визнати цілком виправданим, пропорційним та доцільним кроком з точки зору безпеки. У ситуації воєнного часу пріоритетним є забезпечення національної безпеки та захист життя громадян, що об'єктивно превалює над свободою вираження поглядів у її звичайному, мирному вимірі.

Водночас, і згадана стаття характеризується порушенням правил законодавчої техніки. Так, Р.О. Мовчан звертає увагу на доповнення ч. 3 ст. 114[2] КК нехарактерними кваліфікуючими ознаками, пов'язаних саме з воєнною агресією РФ; одночасне згадування про «зброю» та «озброєння» у ч. 1 ст. 114[2] КК; встановлення безальтернативних видів покарань, які не відповідають або ж характеру, або ж ступеню суспільної небезпеки діяння. Так, у санкціях норм ст. 114[2] КК, попри добре відомий криміналістам негативний досвід застосування багатьох наявних і до цього норм, передбачається лише одне покарання у виді позбавлення волі. Незважаючи на очевидні наміри парламентаріїв забезпечити за допомогою такого кроку якомога ефективнішу кримінально-правову протидію відповідним суспільно небезпечним проявам, насправді — і це вже підтверджується чималою практикою застосування згаданих заборон — таке рішення матиме наслідком діаметрально протилежний результат — фактичне уникнення реальної відповідальності особами, які вчинили розглядувані діяння, що пояснюється переконанням суддів у недоцільності призначення покарання у виді позбавлення волі навіть за ті прояви відповідних діянь, які вчинені в умовах воєнного стану (для ст. 114[2] КК ця ознака є конститутивною)[486].

Правозастосовна практика підтверджує правильність таких висновків. Так, К. Новікова, на основі аналізу практики призначення покарання за ст. 114[2] КК, робить висновок, що ця практика формується у спосіб масового звільнення від відбування покарання з випробуванням осіб, засуджених за вчинення цього злочину. Авторка цілком аргументовано констатує, що такий стан правозастосування відбиває сприйняття

[486] Мовчан Р. О. Кримінальна правотворчість воєнного часу: аналіз концептуальних помилок. *Кримінальне право України перед викликами сучасності і майбуття: яким воно є і яким йому бути* : матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 21–22 жовт. 2022 р.) / редкол. : В. Я. Тацій, Ю. А. Пономаренко, Ю. В. Баулін та ін. Харків : Право, 2022. 352 с. С. 20–21.

суддями невідповідності передбаченого КК покарання реальному рівню суспільної небезпечності зазначеного кримінального правопорушення[487]. Подібну статистику наводить й О. Л. Старко та ілюструє застосування ст. 114² КК таким судовим вироком: в м. Одеса громадянин Китаю зробив відеозапис роботи ППО та здійснюючи блогерську діяльність розмістив запис у себе на каналі, надавши при цьому коментар щодо місця, часу, характеристики звуків, фактів ураження цілі та наслідків влучання. Його дії було кваліфіковано за ч. 2 ст. 114² КК та призначено покарання у виді позбавлення волі строком на 5 років із застосуванням ст. 75 КК (іспитовий строк 1 рік)[488].

Проведений нами аналіз судової статистики, а саме форми статистичної звітності № 6 ДСА «Звіт про осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності та види кримінального покарання»[489], дозволив з'ясувати показники судимості за ст. 114² КК. Протягом 2022–2024 років усього засуджено 163 особи, тобто майже у 4,5 разів менше за кількість облікованих кримінальних правопорушень за цією статтею. Щодо виду призначених покарань, то більш ніж половині засуджених було призначено позбавлення волі на певний строк — 58,9 %; тримання в дисциплінарному батальйоні — 1,8 %; службове обмеження для військовослужбовців — 1,8 %; штраф — 3,1 %; звільнено від покарання з випробуванням — 34,4 %. З додаткових видів покарання застосовано: позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю — 1,2 %; конфіскація майна — 3,1 %; штраф — 0,6 %. За сукупністю злочинів призначалось покарання 11,6 % засуджених; за сукупністю вироків — 2,5 %; із застосуванням статті 69 КК «Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом» — 5,5 %. Звертає

[487] Новікова К. А. До питання караності кримінального правопорушення, передбаченого ст. 114² КК України : законодавство та практика застосування. *Наступність у кримінальному праві: до 70річчя проф. Ю. В. Бауліна* : матеріали наук. конф. (м. Харків, 8 верес. 2023 р.) / редкол.: Ю. А. Пономаренко (голова), О. В. Харитонова, Н. В. Маслак та ін. ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, каф. кримін. права. Харків : Право, 2023. 352 с. С. 230.

488

[488] Старко О. Л. Аналіз практики застосування ст. 114² Кримінального кодексу України (Несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану). *Електронне наукове видання «Аналітично-порівняльне правознавство».* 2024. № 5. С. 754. DOI: https://doi.org/10.24144/2788-6018.2024.05.115

489

[489] Форма № 6 (річна) : затв. наказом Державної судової адміністрації України від 23.06.2018 № 325 за погодженням з Державною службою статистики України (у редакції наказу Державної судової адміністрації України від 29.11.2024 № 528). URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/

увагу достатньо велика частка засуджених, до яких застосовано спеціальну конфіскацію (ст. 96^1 КК) — 22,7 %. Графічно структуру судимості за ст. 114^2 КК відображає наведена нижче діаграма (рис. 3).

Наведений статистичний аналіз засвідчує вкрай негативну ситуацію коли законодавець порушуючи загальновизнане положення про те, що побудова санкцій на засадах альтернативності є найбільш обґрунтованою та дієвою у судовій практиці з огляду на потенційні можливості суду обрати з декількох видів покарання те, яке найбільш відповідає тяжкості вчиненого кримінального правопорушення та іншим обставинам справи, і таким чином реалізовує принцип індивідуалізації покарання, примушує суди за відсутністю альтернативних видів покарання обирати такі варіанти як звільнено від покарання з випробуванням і призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом.

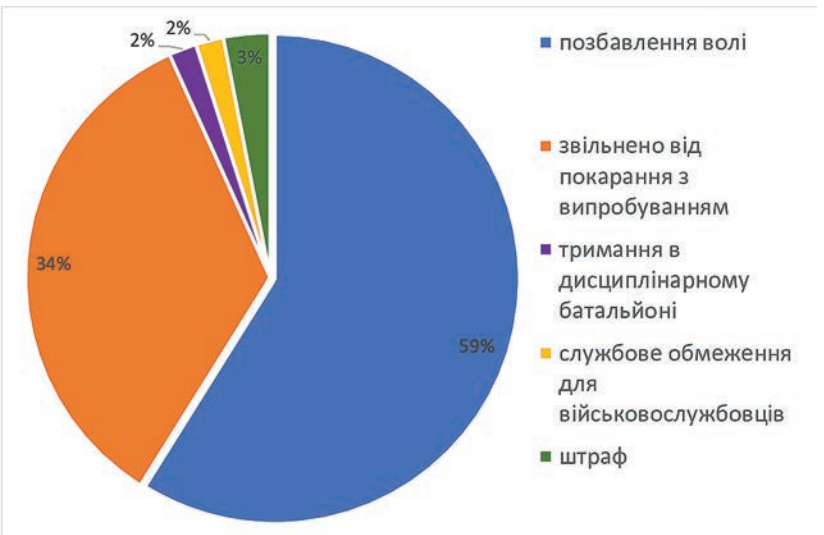


Рис. 3. Структура судимості (за видами покарання) за несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану в Україні протягом 2022–2024 рр.

Є. О. Письменський з цього приводу зауважує, що окремі парламентарі, проаналізувавши ту саму практику застосування ст. 114^2 КК, дійшли іншого висновку та зареєстрували законопроєкт, покликаний її

змінити[490]. За їхнім задумом покарання за відповідні діяння треба посилити та унеможливити уникнення його реального відбування засудженими через застосування до них — відповідно до статті 75 КК — звільнення від покарання з випробуванням. Тобто замість того, щоб узгодити санкції ст. 114^2 КК зі справжнім рівнем суспільної небезпечності передбачених цією нормою злочинів, установити альтернативні види покарання тощо суб'єкти формування кримінально-правової політики йдуть у зворотному напрямку й пропонують обмежити можливості для диференціації кримінально-правового впливу заразом абсолютно невиправдано посиливши покарання (аж до довічного позбавлення волі). Навряд чи інакше як абсурдною можна охарактеризувати цю ситуацію. Характеризуючи зазначений проєкт змін кримінального закону, М. Акімов резонно зауважує: суб'єкт права на законодавчу ініціативу, прагнучи нібито удосконалити положення чинного КК, лише ускладнює кримінально-правову оцінку вчиненого, створюючи штучну конкуренцію кримінально-правових норм, ініціює вкрай неоднозначне (а іноді і суперечливе) запровадження більш жорстоких санкцій за діяння, чия відповідність правилам нормопроєктної техніки та традиціям законотворчості у сфері кримінального права є і без того вельми сумнівною[491].

Щодо такого адаптаційного інструменту кримінально-правової політики як *залучення максимального кола осіб (передусім цивільних) до справи відсічі збройної агресії РФ проти України* шляхом доповнення переліку обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння новою, зафіксованою у ст. 43^1 КК, «виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України», зауважимо, що конституційною основою його є право кожної людини захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань (ст. 27 Конституції України), визначають, що захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її еконо-

490

[490] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення кримінальної відповідальності за несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану : від 24.07.2023 № 9519. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/42345

491

[491] Письменський Є. О. Реалізація кримінально-правової політики в умовах воєнного стану: дослідження негативних тенденцій. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького: Журнал. Серія Право.* Івано-Франківськ : Редакційно-видавничий відділ ЗВО «Університет Короля Данила», 2024. Вип. 17 (29). 318 с. С. 305. DOI: https://doi.org/10.33098/2078-6670.2024.17.29.300-310

мічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу (ст. 17 Конституції України)[492]. Прийняття у березні 2022 р. ст. 43[1] КК «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України» стало прямою реакцією законодавця на нові реалії збройної агресії РФ. Закон закріпив положення, які покликані легалізувати дії громадян у протидії агресору, визначити межі правомірного заподіяння шкоди та надати «бойовий імунітет» тим, хто бере участь у захисті держави[493].

Автори відповідного законопроєкту у пояснювальній записці зазначали, що потреба доповнення КК новою обставиною, що виключатиме кримінальну протиправність діяння, зумовлена необхідністю правового захисту військового командування, військовослужбовців, добровольців Сил територіальної оборони ЗСУ, працівників правоохоронних органів, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України, осіб, визначених Законом «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» шляхом закріплення поняття «бойового імунітету» в загальній частині КК як інституту звільнення від кримінальної відповідальності за втрати особового складу, бойової техніки чи іншого військового майна, наслідки застосування збройної та іншої сили під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, виконання інших завдань з оборони України із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння), настання яких з урахуванням розумної обачності неможливо було передбачити при плануванні та виконанні таких дій (завдань) або які охоплюються виправданим ризиком, крім випадків порушення правил ведення війни або застосування збройної сили, визначених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ[494].

В. Хашев справедливо зауважує, що інколи внаслідок знищення чи пошкодження майна може заподіюватись шкода не лише майну, але й

[492] Конституція України : Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text

[493] Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану : Закон від 15.03.2022 № 2124-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20#Text

[494] Пояснювальна записка до проєкту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії режиму воєнного стану» : від 13.03.2022 № 7145. URL: https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Bills/Card/39205

довкіллю. Наприклад, село Демидів опинилось у воді після руйнування греблі на річці Ірпінь біля місця її впадання у Київське водосховище. Місцеві жителі навмисно зруйнували дамбу і затопили село та значну площу сільськогосподарських угідь. Але це руйнування фактично допомогло зупинити наступ окупантів на Київ. Затоплення села та долини річки Ірпінь створило трясовину, яка запобігла атаці російських танків на Київ і виграла дорогоцінний час армії для підготовки оборони[495].

До переваг ст. 43[1] КК варто віднести: закріплення права кожної особи на безпосередній захист своїх прав і національних інтересів; мобілізацію всього населення для протидії агресору; посилення суспільної єдності навколо спільної мети — захисту державності; можливість правомірного використання зброї проти агресора для самозахисту та захисту країни; визначення меж захисту від посягань з урахуванням міжнародного гуманітарного права; недопущення катувань та застосування заборонених засобів ведення війни.

Разом із тим, законодавче закріплення ст. 43[1] КК виявило і низку серйозних проблем. Насамперед ідеться про нечіткість та неоднозначність законодавчих формулювань, що ускладнює тлумачення і практичне застосування статті. Дискусійною є межа між правомірним захистом і можливими порушеннями законів та звичаїв війни. Наявна небезпека підміни правомірного захисту самосудом, особливо у випадку дій цивільних осіб щодо полонених чи комбатантів противника.

Окрему проблему становить відсутність системності в оновленні законодавства. Запроваджені положення про «бойовий імунітет», обставини, що виключають протиправність діяння, а також особливий статус рішень посадових осіб у воєнний час не були узгоджені між собою, хоча мають спільну мету та умови застосування. Це породжує правову невизначеність, коли одна й та сама ситуація може бути кваліфікована як обставина, що виключає кримінальну протиправність, або як підстава для звільнення від кримінальної відповідальності.

---

[495] Хашев В. Окремі аспекти звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. *Кримінально-правові, кримінологічні, кримінальні процесуальні та криміналістичні проблеми протидії злочинності в умовах воєнного стану* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (електронне видання), 20 квіт. 2022 р. / упоряд. : Євген Письменський. Нац. акад. внутр. справ, Львів. держ. ун-т внутр. справ, Дніпропет. держ. ун-т внутр. справ, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. Київ — Львів — Дніпро, 2022. 125 с. С. 50.

Не менш дискусійною є колізія між правом і обов'язком захисту Вітчизни. Конституція України (ст. 65)[496] визначає його як обов'язок громадян, тоді як ст. 43[1] КК фактично встановлює це як право кожної особи, включно з іноземцями та особами без громадянства. Така двозначність створює труднощі в інтерпретації та викликає питання щодо сфери суб'єктів і меж правомірних дій.

Крім того, у ч. 4 ст. 43[1] КК передбачено занадто складну і практично непридатну для застосування конструкцію визначення «надмірного» діяння, що нібито виходить за межі правомірності. Критерії «невідповідності обстановці», «необхідності для досягнення значної суспільно корисної мети» та створення «загрози екологічній катастрофі» важко реалізувати на практиці. Науковці справедливо наголошують, що перевищення меж заподіяння шкоди агресору фактично неможливе, адже завдання йому максимальної шкоди є суспільно необхідним і правомірним у воєнних умовах.

З огляду на це, пропонуються такі напрями вдосконалення:

• чітке закріплення «бойового імунітету» як обставини, що виключає кримінальну протиправність;

• уточнення назви ст. 43[1] КК шляхом усунення слова «обов'язок», оскільки для цивільних осіб йдеться про право, а не юридичний обов'язок;

• спрощення законодавчих формулювань з метою їх доступності для пересічних громадян;

• розробка спеціальних правил для цивільних осіб, що здійснюють самозахист, відмінних від жорстких вимог, які регулюють діяльність військовослужбовців;

• гармонізація положень ст. 43[1] КК із міжнародним гуманітарним правом та законодавством про національну безпеку.

У підсумку, ст. 43[1] КК стала важливим кроком у напрямі нормативного закріплення права кожного на захист України від агресії. Водночас її чинна редакція містить низку суперечностей, невизначеностей і прогалин, що перешкоджають ефективному застосуванню. Тому її подальше вдосконалення має здійснюватися на основі принципів правової визначеності, пропорційності та верховенства права, з урахуванням як практичних потреб воєнного часу, так і міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини та ведення війни.

496

[496] Конституція України : Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text

До опосередкованих викликів, що постали у зв'язку з війною та мали отримати реакцію в межах кримінально-правової політики, відносяться й *питання кримінально-правового регулювання відповідальності за злочини проти власності в умовах воєнного стану*, що постало з особливою гостротою після ухвалення Закону від 03.03.2022 № 2117-IX[497]. Цим законом було запроваджено посилення відповідальності за крадіжки та низку інших злочинів проти власності, вчинених «в умовах воєнного або надзвичайного стану». Водночас законодавча новела була ухвалена поспіхом, у ситуації надзвичайної суспільної та політичної напруги, що зумовило суттєві проблеми у її подальшому правозастосуванні.

Насамперед дискусійним виявилося саме використання терміну «мародерство». В історико-правовій традиції цим поняттям позначається специфічний військовий злочин — заволодіння майном поранених, убитих або цивільних у зоні бойових дій. Водночас законодавець поширив його значення на крадіжки й інші корисливі посягання на власність у тилу, фактично ототожнивши ці різні явища. Така невдала термінологія призвела до змішування складів злочинів та породила доктринальні суперечки.

Другою проблемою стало тлумачення ознаки «в умовах воєнного стану». На відміну від конструкції «з використанням умов воєнного стану» (як обтяжуючої обставини, передбаченої п. 11 ч. 1 ст. 67 КК), у новій редакції статей КК йшлося лише про сам факт дії воєнного стану, незалежно від того, чи був він використаний винним для вчинення правопорушення. Це спричинило надмірне розширення сфери криміналізації: будь-яка дрібна крадіжка автоматично кваліфікувалася як тяжкий злочин. Внаслідок цього навіть малозначні посягання, вартість яких обчислювалася сотнями гривень, каралися мінімум п'ятьма роками позбавлення волі (ч. 4 ст. 185 КК). Така ситуація порушувала принцип справедливості покарання і диспропорційно прирівнювала незначні діяння до серйозних злочинів.

Як зазначає Є. О. Письменський, за недбалості законодавця, який мав би щонайменше попіклуватися про уніфікацію відповідних обставин, почала формуватися практика, у межах якої вчинення кримінального правопорушення в умовах воєнного стану тлумачилося значно ширше, ніж у разі використання його умов, тобто в значенні часу

497

[497] Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство : Закон від 03.03.2022 № 2117-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2117-20#n7

вчинення кримінального правопорушення, а не обстановки його вчинення[498].

У судовій практиці ця проблема проявилася у вигляді неоднакового підходу. Значна частина науковців та суддів намагалися звузити тлумачення, вказуючи на абсурдність прирівняння дрібних крадіжок до тяжких злочинів. Однак ОП ККС закріпила формальний підхід: будь-яке правопорушення, вчинене на території, де введено воєнний стан, вважається кваліфікованим за частиною четвертою відповідної статті. Це призвело до закріплення суворої, але очевидно непропорційної моделі кримінальної відповідальності[499].

Слушною з цього приводу є оцінка такої ситуації Ю. В. Орлова: «у прагненні до виставлення кримінально-правових заслонів так званому цивільному мародерству законодавець досяг і необґрунтованого істотного зростання репресивності закону про кримінальну відповідальність. У судів і до цієї криміналізації було достатньо інструментів для врахування небезпечності вчинення кримінального правопорушення в умовах воєнного стану через ст. 65 КК. Крім того, простежується непослідовність законодавця, адже ознака воєнного стану не була визнана кваліфікуючою для цілої низки інших корисливих кримінальних правопорушень: у сфері господарської діяльності, проти довкілля тощо. Отже, вважаємо за доцільне вилучити з указаних субкваліфікованих складів крадіжки, грабежу, розбою ознаки їх учинення в умовах воєнного стану[500].

Спробою вирішення цієї проблеми став Закон від 18.07.2024 № 3886-IX[501], яким було підвищено поріг «дрібного викрадення» у десять разів. У такий спосіб значна частина діянь була переведена з категорії кримінальних у площину адміністративних правопорушень. Однак цей крок також викликав гострі наукові дискусії щодо його правової

498

[498] Письменський Є. Посягання на власність в умовах воєнного стану: кримінально-політична епопея завершилася? URL: https://justtalk.com.ua/post/posyagannya-na-vlasnist-v-umovah-voennogo-stanu-kriminalno-politichna-epopeya-zavershilasya

499

[499] Постанова ОП ККС від 15.01.2024 у справі № 722/594/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/116446106

500

[500] Орлов Ю. В., Пробиткова Н. О. Війна та кримінально-правова політика України: виклики і відповіді. *Право і безпека*. 2022. № 2 (85). С. 45. DOI: https://doi.org/10.32631/pb.2022.2.04

501

[501] Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та деяких інших законів України щодо посилення відповідальності за дрібне викрадення чужого майна та врегулювання деяких інших питань діяльності правоохоронних органів : Закон від 18.07.2024 № 3886-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3886-20#Text

природи: чи слід вважати його частковою декриміналізацією, чи лише зміною адміністративної межі. Судова практика наразі схиляється до першого варіанту, визнаючи зворотну дію закону та необхідність закриття кримінальних проваджень у подібних справах.

Загалом, аналіз ситуації свідчить, що поспішні та непродумані зміни у кримінальному законодавстві, продиктовані радше суспільними емоціями, ніж системним підходом, призвели до істотного дисбалансу у сфері кримінально-правової політики. Вони спричинили як надмірну криміналізацію дрібних діянь, так і подальшу хаотичну декриміналізацію, яка залишила значну кількість правопорушень без належного кримінально-правового реагування. Це підкреслює необхідність повернення до принципу пропорційності та раціональної криміналізації, яка має спиратися на доктринальні напрацювання і враховувати реальну суспільну небезпеку діянь, а не лише емоційний контекст моменту.

Крім зазначених вище до викликів, що постали перед кримінально-правовою політикою України з початком широкомасштабної фази війни, варто віднести й *необхідність унормування кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку*. Як зазначає Ю. А. Пономаренко, у тій формі, в якій війна з росією тривала від 20.02.2014 до 23.02.2022, вона далеко не всіма політиками, юристами, дослідниками розцінювалася як збройний конфлікт міжнародного характеру. Часто говорили про внутрішній збройний конфлікт з ознаками чи елементами міжнародного. Відтак часто ставилася під сумнів сама можливість застосування статей розділу XX Особливої частини КК до діянь, вчинених у той період. На жаль, і українська слідча та судова практика йшли переважно шляхом кваліфікації їх як актів тероризму, а не як, наприклад, військових злочинів чи злочинів проти людяності. Звісно, що 24 лютого цього року всякі сумніви щодо природи збройного конфлікту (війни) з росією відпали, а тому перед кримінальним правом України постав і виклик щодо належного реагування на ці злочини[502].

Першою новелою розділу XX Особливої частини КК після початку повномасштабної збройної агресії РФ була ст. 436[2] КК «Виправ-

[502] Пономаренко Ю. А. Основні виклики, що постали перед кримінальним правом України з початком широкомасштабної фази війни, та відповіді законодавця на них. *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні* : матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 5 трав. 2022 р. / упоряд. та заг. ред. : Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; Нац. шк. суддів України; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права» ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса. Харків : Право, 2022. 310 с. С. 24.

довування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії РФ проти України, глорифікація її учасників», прийнята відповідно до Закону від 03.03.2022 № 2110-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції»[503].

Від моменту запровадження у законодавстві про кримінальну відповідальність ст. 436² КК до вересня 2025 р. всього було обліковано 4 369 кримінальних правопорушень за ознаками цієї статті. Хоча кількість таких правопорушень поступово зменшується, середньорічний рівень їх залишається досить високим — 1220 правопорушень.

В. С. Батиргареєва так описує соціальну базу цих шанувальників «руського миру» та їх мотивацію: питома вага жінок серед осіб, яким повідомлено про підозру, утричі (!) перевищує кількість жінок у структурі всієї злочинності. За віком найчисельнішою серед винних є група осіб передпенсійного і пенсійного віку, частка яких складає 51 %. Примітно, що навіть у підлітковому середовищі (16–18 років) зустрічаються ті, хто підтримує російську збройну агресію та героїзує окупантів (близько 1 %). Понад половину осіб працездатного віку не працювали. Основними мотивами можуть бути помста українській владі як такій або окремим представникам політикуму, широка гама «відтінків» ненависті до всього українського, схиляння перед минулим, туга за радянськими часами, омана, хибно зрозумілі наміри ворога, бажання завдати шкоду Українській державі та (або) її союзникам, патріотично налаштованому населенню тощо. Інколи може мати місце комплексна мотивація, у якій спостерігається і ненависть до України та її історії, і помста всім і кожному за якісь негаразди у власному житті, й очікування змін на краще тощо. Цілком очевидно, що чим молодшою за віком є особа, тим менше в неї життєвого досвіду, пов'язаного з минулими часами перебування нашої країни під радянською владою та ідеологією *Homo Soveticus*, яку так нарочито намагаються впровадити окупанти серед українського населення. Отже, серед молодих осіб «фізично» не може бути глорифікаторів, чия свідомість засновувалася б на попередньому власному досвіді безпосереднього сприйняття минулого суспільно-політичного ладу. Про цей час вони знають хіба що із розповідей літніх людей і джерел ворожої пропаганди. Якщо з боку молоді має

[503] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції : Закон від 03.03.2022 № 2110-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2110-20#Text

503

місце колабораціонізм з окупаційною владою в конкретних формах, то, на наш погляд, він є результатом застосування пропагандистських інструментів і впливу нав'язаних наративів[504].

Водночас, як і інші кримінально-правові норми, прийняті після початку повномасштабної збройної агресії РФ, ст. 436[2] КК має низку недоліків, найвагоміша з яких — колізія з ч. 1 ст. 111[1] КК, тобто суперечність норм, що регулюють одні й ті ж правовідносини в сфері інформаційної безпеки. Як вже зазначалось, законодавець 03.03.2022 (але різними законами) криміналізував заперечення громадянином України здійснення збройної агресії проти України у різних статтях, застосовувавши при цьому у диспозиціях практично тотожні формулювання без виокремлення ознак, за допомогою яких можливе було б їх чітке розмежування, зокрема за правилами конкуренції норм про спеціальний і загальний склади правопорушення. Крім наявної колізії санкції ч. 1 ст. 111[1] КК і ст. 436[2] КК дуже істотно різняться. Так, санкція ч. 1 ст. 111[1] КК встановлює лише одне безальтернативне основне покарання — позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років, а ст. 436[2] КК — виправні роботи, пробаційний нагляд, обмеження волі та позбавлення волі з конфіскацією майна або без такої. Тобто, як зауважує Р. М. Шестопалов, один і той же прояв заперечення (текст, промова, гасло, малюнок тощо), за результатами проведеного семантико-текстуального дослідження експертом-лінгвістом, може бути по-різному сприйнятий і трактований слідчим, і, як наслідок, для обвинуваченого — перспектива отримати різні за мірою суворості покарання: від позбавлення права обіймати певні посади до реального позбавлення волі з конфіскацією майна[505].

Як і завжди відбувається у подібних ситуаціях, при неадекватній законодавчій пеналізації кримінальних правопорушень судова практика йде шляхом максимального звільнення засуджених від покарання. Як відображено на рисунку 4, частка засуджених, що були звільнені від покарання з випробуванням за ст. 436[2] КК становить 80,6 %. З огляду на те, що кількість засуджених майже у 4 рази менше порівняно з кількістю облікованих кримінальних правопорушень за аналогічний період

[504] Батиргареєва В. Запобігання явищу глорифікації: вхідна інформація. *Актуальні проблеми правоохоронної діяльності в умовах воєнного стану* : тези Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Хмельницький, 16 берез. 2023 р.). Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2023. С. 35–36.

505

[505] Шестопалов Р. М. Колабораційна діяльність та заперечення збройної агресії проти України: недосконалості юридичної техніки чи логіки. *Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління.* 2024. № 1(29). С. 38. DOI: https://doi.org/10.32689/2617-9660-2024-1(29)-36-41

(979 проти 3659), а частка засуджених, що отримали реальні покарання — менше 20 %, можна зробити висновок щодо дуже невисокої дієвості зазначених кримінально-правових норм.

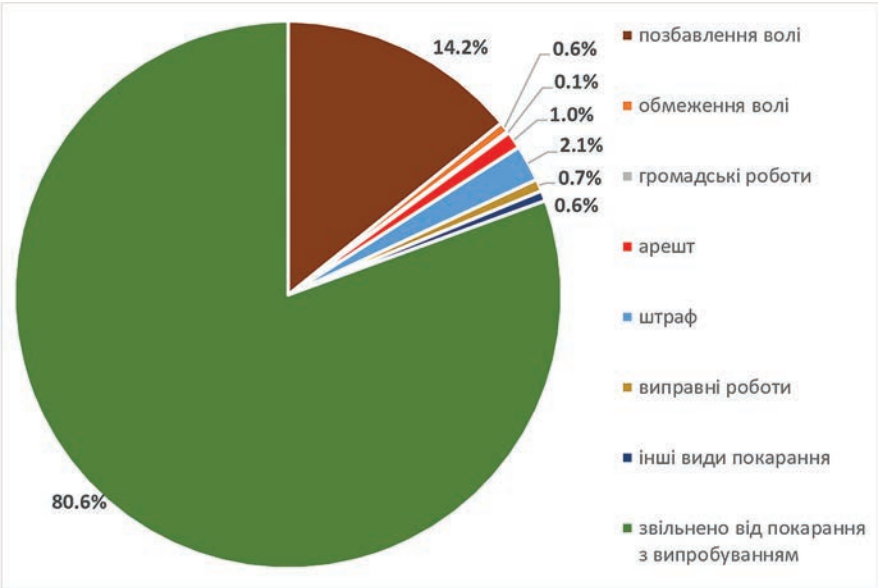


Рис. 4. Структура судимості (за видами покарання) за виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії РФ проти України, глорифікацію її учасників в Україні протягом 2022–2024 рр.

Крім того, дискусійним є сама криміналізація описаного за ст. 436[2] КК, тобто визнання злочинним висловлювання, оцінки, умовиводи щодо ситуації збройної агресії РФ. Так, Ю. В. Орлов з цього приводу слушно зазначає, що аналіз цієї кримінально-правової норми і практики її застосування свідчить про наявність вад концептуального характеру стосовно порушення конституційного права громадян на свободу думки. Справа в тому, що чинна редакція ч. 1 ст. 436[2] КК не містить як обов'язкової такої ознаки суспільно небезпечних дій, як публічність (виправдовування, визнання, заперечення). Тобто висловлення власної думки навіть у приватній бесіді (!), зокрема й у пасивній формі (згода із твердженням іншої особи, зокрема виражена у конклюдентних діях — кивок голови, піднятий до гори великий палець руки тощо), або інше пасивне долучення до чиєїсь позиції (виставлення «вподобайки» (той самий палець, але віртуальний) під чиїмось постом у соціальній

мережі) вже визнається кримінально протиправним. Про це свідчать як наявні вироки, так і зібрані нами експертні оцінки серед слідчих Служби безпеки України. Визнання або заперечення є, вочевидь, висловлюванням, іншим виразом власної думки (принаймні за відсутності ознак публічності і мети пропаганди), а не суспільно небезпечним діянням. Переконані, що репресивні комуно-соціалістичні чи націонал-соціалістичні практики 30-х років минулого століття, переслідування інакодумства як такого — не те, чого потребує держава і суспільство, що бачать себе в родині цивілізованих народів Європи[506].

Його точку зору поділяє С. М. Гусаров, який визнає неприпустимою криміналізацію висловлення думок, які, навіть будучи вкрай аморальними, спрямованими на невизнання агресії, її виправдовування, тим не менш не мають публічного характеру, не порушують суспільної моралі, не містять ознак пропаганди, а тому в принципі не можуть посягати на мир, міжнародний правопорядок, чи-то національну безпеку. Також варто погодитись з логікою автора щодо ст. 436[2] КК, яка має розглядатися як спеціальна по відношенню до загальної, оформленої у ст. 436 КК «Пропаганда війни». Тож іманентною ознакою відповідних діянь у їх проєкції на російську агресію, має бути публічність. Тільки в такому разі може спричинятися шкода тому об'єкту, який поставлений під охорону Розділом XX КК — «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку»[507].

Безпосередній вплив на змістовне наповнення зазначеного розділу мала ратифікація Римського Статуту[508] та ухвалення 09.10.2024 Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського Статуту та поправок до нього»[509], що стали важливим етапом у процесі гармонізації

506

507

508

509

[506] Орлов Ю. В., Прібиткова Н. О. Війна та кримінально-правова політика України: виклики і відповіді. *Право і безпека*. 2022. № 2 (85). С. 45. DOI: https://doi.org/10.32631/pb.2022.2.04

[507] Гусаров С. М. Кримінально-правова політика України: трансформації періоду війни та повоєнна перспектива. *Південноукраїнський правничий часопис.* 2025. № 1. С. 28. DOI: https://doi.org/10.32850/sulj.2025.1.4

[508] Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 21.08.2024 № 3909-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3909-20#Text

[509] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон від 09.10.2024 № 4012-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#Text

національного кримінального законодавства з міжнародними стандартами. Цим Законом було запроваджено принцип універсальної юрисдикції щодо злочинів агресії, геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів та застосування зброї масового знищення, а також передбачено низку змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України, спрямованих на підвищення ефективності переслідування за найтяжчі міжнародні злочини.

Законодавчі новації не обмежують право України самостійно розслідувати міжнародні злочини, адже Римський Статут ґрунтується на принципі компліментарності: пріоритет належить національній юрисдикції, а МКС виступає додатковим механізмом правосуддя. Це означає, що Україна зберігає можливість здійснювати власні розслідування, водночас маючи підтримку та інструменти міжнародної юстиції.

Ратифікація Римського Статуту сприяла вдосконаленню кримінально-правових інститутів. КК було доповнено статтею 442^1 «Злочини проти людяності», деталізовано склади злочину агресії, воєнних злочинів, геноциду, а також унормовано інститут командної відповідальності (ст. 31^1 КК). Відтак, відбулися системно-правові зрушення, які забезпечили узгодженість національної кримінально-правової політики з нормами міжнародного права.

Водночас залишаються невирішеними окремі проблеми. Зокрема, українське законодавство ще потребує гармонізації з положеннями Римського Статуту у частині деталізації ознак складу злочину агресії. Наявна редакція ст. 437 КК («Злочин агресії») не в повній мірі синхронізована з термінологією статті 8 bis Римського Статуту[510], що визначає елементи злочину агресії. Це створює ризик різночитань і знижує ефективність притягнення до відповідальності за агресивні дії, зокрема із залученням парамілітарних формувань чи використанням території третіх держав, як у випадку з республікою білорусь.

Позитивним результатом приєднання до МКС є також посилення спроможності України захищати інтереси потерпілих від воєнних злочинів та злочинів проти людяності. Ратифікація Римського Статуту відкриває українським громадянам доступ до спеціального цільового фонду для потерпілих, що підвищує рівень міжнародного захисту прав людини. Крім того, важливим є положення Статуту щодо кримінальної

510

[510] Римський статут Міжнародного кримінального суду. Офіційний переклад. (Дата вчинення: 17.07.1998. Дата ратифікації Україною : 21.08.2024. Дата набрання чинності для України : 01.01.2025. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text

відповідальності за екологічні злочини, що дозволяє ефективніше реагувати на шкоду довкіллю, завдану внаслідок агресії РФ.

Таким чином, ратифікація Римського Статуту та ухвалення імплементаційного закону стали важливим кроком до утвердження верховенства права, зміцнення національної правової системи та інтеграції України в систему міжнародної кримінальної юстиції. Разом із тим актуальним завданням залишається подальше вдосконалення національного законодавства в частині деталізації складів злочину агресії та усунення термінологічних прогалин, аби забезпечити ефективне застосування як норм внутрішнього, так і міжнародного права.

Підписавши і ратифікувавши Римський Статут та визнавши двома заявами ВРУ юрисдикцію МКС, Україна чітко продемонструвала свою позицію щодо необхідності належної кримінально-правової охорони міжнародного миру і безпеки людства від злочину геноциду, злочину агресії, злочинів проти людяності та воєнних злочинів як найсерйозніших злочинів, що викликають занепокоєння міжнародної спільноти, які не повинні залишатися безкарними. Ефективне судове переслідування таких злочинів повинно бути забезпечено шляхом вжиття заходів, передусім, на національному рівні. Водночас, КК в його чинній редакції статей розділу XX Особливої частини, а також і низки статей Загальної частини, що застосовні до цих злочинів, далеко не повною мірою узгоджується з відповідними приписами Римського Статуту. З метою приведення національного кримінального законодавства України у повну відповідність до вимог Римського Статуту для забезпечення справедливого, необхідного і невідворотного покарання осіб, які вчиняють міжнародні злочини розроблено проєкт Закону «Про кримінальну відповідальність за міжнародні злочини»[511], який 05.12.2024 було прийнято за основу і який становить собою розвинутий і доопрацьований за результатами обговорень з міжнародними експертами варіант імплементації положень Римського Статуту до національного кримінального законодавства України.

Відповідно до форми № 1 ОГП «Єдиний звіт про кримінальні правопорушення»[512] станом на 01.09.2025 усього обліковано 187 904 кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнарод-

511

[511] Проєкт Закону про кримінальну відповідальність за міжнародні злочини : від 02.09.2024 № 11538. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=11538&conv=9

512

[512] Форма № 1 (місячна) «Єдиний звіт про кримінальні правопорушення» : затв. наказом Генерального прокурора від 30.06.2020 № 299 за погодженням з Державною службою статистики України. URL: https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravoporushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2

ного правопорядку. Певне зменшення кількості таких злочинів у 2024–2025 роках В.С. Батиргареєва пояснює такими чинниками. Так, якщо у 2022 р. після повномасштабного вторгнення РФ в Україну відбулося і відповідне масштабне вчинення воєнних злочинів на ТОТ, таких, як міста Буча, Ірпінь, Маріуполь, Ізюм та ін., а у 2023 р. Україна проводила активні контрнаступальні операції, що супроводжувалися виявленням нових злочинів, внаслідок чого було виявлено масові поховання, закатоване цивільне населення тощо, то у 2024 р. змінився не лише характер бойових дій та відбулася стабілізація лінії фронту, а й активні бойові дії у вигляді масштабних наступів або окупації нових територій України з боку РФ змінилися на позиційну війну. Крім того, у перші місяці після звільнення українських територій особливо інтенсивно проводилося розслідування воєнних злочинів, зокрема, геноциду, і до 2024 р. документування масових злочинів на деокупованих територіях в основному завершилося. Не зважаючи на очевидне скорочення фактів кримінальних правопорушень, що кваліфікуються за розділом XX Особливої частини КК, число останніх все одно залишається дуже великим, породжуючи сотні тисяч жертв, а також створюючи значне навантаження на національну та міжнародну систему правосуддя, що займається розслідуванням, документуванням і притягненням до відповідальності винних осіб[513].

Ключовою передумовою дієвості міжнародного правосуддя є належне *документування* кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. Розслідування воєнних злочинів та злочинів проти людяності, вчинених у ході збройної агресії проти України, неможливе без ретельного документування кожного факту протиправних дій. Формування доказової бази для МКС передбачає комплексний підхід, що включає свідчення очевидців і потерпілих, фото- та відеофіксацію, матеріальні докази, документи офіційних органів та аналітичні звіти міжнародних інституцій.

Особливу вагу мають показання постраждалих та свідків, які є безпосередніми носіями інформації про обставини злочинів. Збирання цих даних забезпечується українськими правоохоронними органами, громадськими ініціативами та міжнародними спостерігачами. Доповненням виступають сучасні технологічні засоби фіксації: зйомки з безпілотників, супутникові знімки, а також матеріали з відкритих джерел, у тому числі

[513] Батиргареєва В. С. Трансформації криміногенного середовища у транзитивному суспільстві України. *Злочинність в Україні: сучасний стан та погляд у майбутнє* : матеріали заоч. наук.практ. круглого столу (6 трав. 2025 р.): електрон. наук. вид. / [уклад. А. В. Калініна] ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України. Харків : Право, 2025. 194 с. С. 10. DOI: https://doi.org/10.31359/9786178617035

513

соціальних мереж. Для забезпечення належності й допустимості таких доказів проводиться їх верифікація незалежними експертами.

Критично важливим джерелом інформації є судово-медичні експертизи, які дозволяють підтвердити причинно-наслідковий зв'язок між діями агресора та завданою шкодою життю і здоров'ю цивільних осіб. Виявлення типових ушкоджень дає змогу простежити системність злочинів і довести їх умисний характер, що має вирішальне значення для міжнародної кваліфікації.

Важливою умовою є координація між національними та міжнародними структурами. ОГП, Національна поліція України та СБУ здійснюють основний обсяг роботи із збирання доказів, зокрема на деокупованих територіях. Паралельно МКС, а також міжнародні організації на кшталт ООН, *Amnesty International* чи *Human Rights Watch*, здійснюють незалежний моніторинг і публікують звіти, що зміцнюють доказову базу.

У березні 2022 р. прокурор МКС Карім Хан оголосив про відкриття офіційного розслідування, яке охоплює обстріли цивільних об'єктів, насильницькі депортації та тортури. Ці злочини систематично аналізуються, що дає можливість виявити загальну картину воєнних порушень. У вересні 2023 р. Генеральний прокурор Андрій Костін і прокурор МКС Карім Хан оголосили про відкриття польового офісу МКС у Києві, що має підвищити ефективність та оперативність реагування на злочини, які Росія продовжує щодня вчиняти проти України та українців[514].

Отже, належне документування таких злочинів є необхідною умовою для забезпечення справедливості, адже воно створює підґрунтя для міжнародного правосуддя, сприяє покаранню винних і водночас виконує превентивну функцію, сигналізуючи про невідворотність відповідальності.

Крім того, міжнародний характер мають і з*лочини ядерно-мілітарного тероризму*. Як зазначає А. А. Тернавська, означений вид тероризму пов'язується з погрозою застосування тактичної ядерної зброї. І ця загроза адресована першочергово Україні для залякування та створення тиску на її керівництво та усе суспільство. Водночас наслідки таких погроз не обмежуються кордонами України, посягають на інтереси всього світового співтовариства та підривають основи міжнародного правопорядку, за всієї очевидності та частоті висловлення (у прямій чи опосередкованій формі) погроза застосування ядерної зброї керівництвом РФ, неочевидним лишається питання щодо кваліфікації таких дій.

514

[514] У Києві розпочав роботу польовий офіс Міжнародного кримінального суду. URL: https://gp.gov.ua/ua/posts/u-kijevi-rozpocav-robotu-polyovii-ofis-miznarodnogo-kriminalnogo-sudu

Жодна норма КК не містить спеціальної кримінально-правової заборони таких дій. У ст. 439 та ст. 440 КК йдеться про застосування та розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення. Водночас погроза її застосування лишається поза спеціальною кримінально-правовою забороною. У зв'язку з цим можливо кваліфікувати таку погрозу або як акт (прояв) ведення агресивної війни (ч. 2 ст. 437 КК), або як терористичний акт (ч. 1 ст. 258 КК) за ознакою погрози застосування зброї з метою залякування населення, міжнародного ускладнення, або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи міжнародними організаціями. Погроза застосування ядерною зброєю не може кваліфікуватися за ч. 2 ст. 437 КК, враховуючи специфічність як контексту, так і додаткового об'єкту, а також зважаючи на те, що така погроза фактично відбувається вже всередині триваючого збройного конфлікту та становить настільки специфічний та суспільно небезпечний спосіб ведення війни, що він вимагає якщо не окремої криміналізації, то принаймні окремої спеціальної, відмінної від ведення агресивної війни конвенційною зброєю, кримінально-правової оцінки (адже йдеться про погрозу застосування неконвенційної зброї).

Наразі вітчизняний КК не лишає жодної іншої можливості, окрім як кваліфікації подібних дій за ч. 1 (або 2 — за ознакою попередньої змови групи осіб) ст. 258 КК. Проте й такий підхід до кримінально-правової кваліфікації ядерно-мілітарного тероризму не можна вважати оптимальним. Основний безпосередній об'єкт подібних дій набагато більш масштабний, якісно відрізняється від громадської безпеки. Це — безпека людства. Тож авторкою запропоновані зміни і доповнення до ст. 439 КК з метою криміналізації погрози застосування зброї масового знищення. Зокрема, пропонується така редакція ст. 439 КК:

*«**Стаття 439.** Погроза або застосування зброї масового знищення*

1. Погроза застосуванням зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози, –

карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

2. Застосування зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, –

карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.

3. Те саме діяння, якщо воно спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі»[515].

Одним із найбільш серйозних викликів воєнного часу є військова злочинність, в структурі якої виділяють загальнокримінальні правопорушення, що вчиняються військовослужбовцями, та *військові кримінальні правопорушення*, тобто кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (які складають більшу її частину). В. С. Батиргареєва зазначає, що від початку повномасштабної агресії росії проти України проблема дезертирства і самовільного залишення військової частини або місця служби набула особливої гостроти як у соціальному, так і в правовому вимірах. Наразі ця проблема через масштаб її проявів постійно привертає увагу українського суспільства, викликаючи велике занепокоєння. Принагідно зауважимо, що за часів незалежності України жоден вид злочинних діянь не зазнавав такого стрибка у кількісних показниках. Так, у 2022 р. відбувся приріст СЗЧ зафіксований на рівні 204,9%, а дезертирства — на рівні 2 647,0% (!)[516].

За статистичними відомостями форми № 1 ОГП «Єдиний звіт про кримінальні правопорушення»[517] станом на 01.09.2025 усього обліковано 282355 військових кримінальних правопорушень, переважна більшість (94,2 %) з яких становлять самовільне залишення військової частини або місця служби (ст. 407 КК) та дезертирство (ст. 408 КК). Звертають увагу якісні показники військових кримінальних правопорушень, зокрема питома вага особливо тяжких і тяжких правопорушень — 98,9 %, що може свідчити про високу латентність правопорушень цієї категорії.

---

[515] Тернавська А. А. Елементно-структурний аналіз воєнних і пов'язаних з війною терористичних злочинів у сфері радіоекологічної безпеки. *Щорічник наукових праць «Правова держава»*. 2025. Вип. 36. С. 591–592. DOI: 10.33663/0869-2491-2025-36-586-595

516

[516] Батиргареєва В. С. Трансформації криміногенного середовища у транзитивному суспільстві України. *Злочинність в Україні: сучасний стан та погляд у майбутнє* : матеріали заоч. наук.практ. круглого столу (6 трав. 2025 р.) : електрон. наук. вид. / [уклад. А. В. Калініна] ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України. Харків : Право, 2025. 194 с. С. 12–13. DOI: https://doi.org/10.31359/9786178617035

517

[517] Форма № 1 (місячна) «Єдиний звіт про кримінальні правопорушення» : затв. наказом Генерального прокурора від 30.06.2020 № 299 за погодженням з Державною службою статистики України. URL: https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravoporushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2

Як ілюструє наведена вище діаграма (рис. 5), найбільш поширеними правопорушенням серед військовослужбовців є самовільне залишення військової частини або місця служби та дезертирство. Дуже тривожною є й динаміка цих правопорушень (рис. 6).

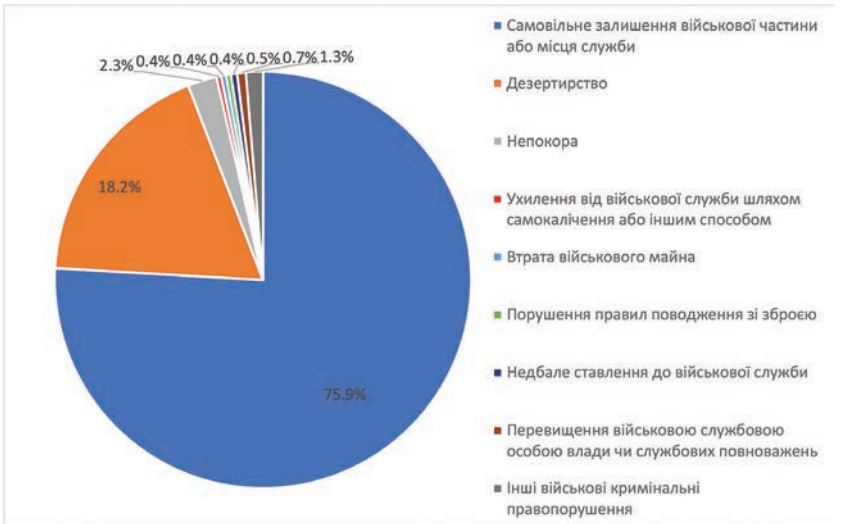
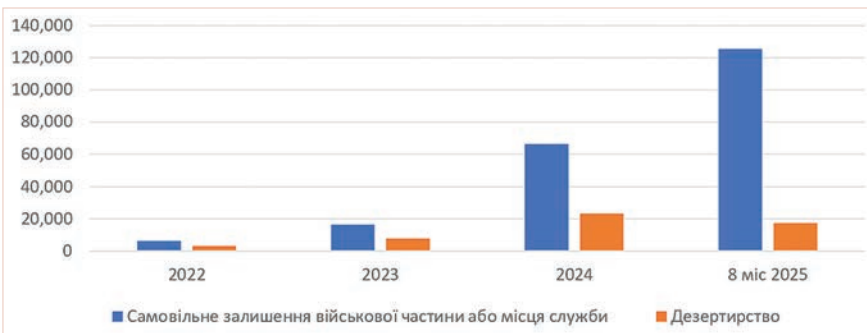


Рис. 5. Структура військових кримінальних правопорушень в Україні протягом 2022–8 місяців 2025 рр.



Самовільне залишення військової частини або місця служби Дизертирство

Рис. 6. Динаміка самовільного залишення військової частини або місця служби та дезертирства в Україні протягом 2022–8 місяців 2025 рр.

Як свідчать статистичні дані та ілюструє діаграма (рис. 6), динаміка самовільного залишення військової частини або місця служби та

дезертирства демонструють стабільне зростання. Особливо це стосується 2025 р.. Так, кількість облікованих правопорушень цієї категорії за неповний 2025 р. (8 місяців) істотно перевищила сумарну кількість таких правопорушень за минулі 3 роки — 142711 проти 123132 правопорушень. Тобто, виходячи з офіційної статистики, а також з урахуванням латентності таких правопорушень, можна зробити парадоксальний висновок, що значна частина ЗСУ вчиняє ці військові кримінальні правопорушення. Кримінологічна наука стверджує, що марно криміналізувати те, що стало масовою повсякденністю. На думку П. Л. Фріса, криміналізація з «запитом» підриває відразу три принципи кримінально-правової політики: принцип врахування (відповідності) кримінально-правової політики соціально-правовій психології — оскільки такий закон не сприймається як відповідний і доцільний; принцип економії кримінальної репресії — оскільки до відповідальності притягується невиправдано велике число громадян, і принцип невідворотності відповідальності — оскільки частіше всього такий закон на практиці застосовуватися перестає[518]. З цього приводу В. М. Кудрявцев справедливо зауважує, що «будь-яка спроба криміналізувати дуже поширені форми поведінки була б, безперечно, дисфункціональною, оскільки результат вийшов би за межі практичних можливостей кримінальної юстиції і тим самим була б зведена у норму безкарність діянь, оголошених злочинними»[519].

Безумовно у описаній вище ситуації дієвість досліджуваних кримінально-правових норм буде дуже обмеженою. Це й підтверджується судовою статистикою. Так, за період 2022–2024 років усього було засуджено за ст. ст. 407, 408 КК 3 979 військовослужбовців. Тобто з кожних 30 порушених кримінальних проваджень лише одне закінчується обвинувальним вироком. Одним із пояснень цієї ситуації є явна функціональна неспроможність органів кримінальної юстиції на адекватну реакцію, адже відповідно до п. 3 ч. 4 ст. 216 КПК[520] досудове розслідування військових кримінальних правопорушень здійснюють слідчі органів ДБР, кількість яких явно не відповідає поширеності таких правопорушень.

---

[518] Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми : монографія. Київ : АТІКА, 2005. С. 20–21.

[519] Турлова Ю. А. Кримінологічна характеристика браконьєрства в Україні та протидія цим злочинам : монографія. Київ : Наук. світ, 2012. С. 16.

[520] Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон від 13.04.2012 № 4651-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text

Наведені вище показники масштабів військових кримінальних правопорушень, у першу чергу — самовільного залишення військової частини або місця служби та дезертирства, та очевидні проблеми правозастосовної практики призводять до того, що лише незначна кількість (порівняно з реальним поширенням) кримінальних проваджень доходить до суду. Але й там значна частина кримінальних проваджень були закриті — з 6 463 осіб, судові рішення щодо яких набрали законної сили у звітному періоді, за статтями 407, 408 КК було засуджено 3979 військовослужбовців протягом 2022–2024 років. Підстави закриття різні: у зв'язку із зміною обстановки; у зв'язку з відмовою прокурора або потерпілого, його представника від обвинувачення в кримінальному провадженні; у зв'язку зі смертю; з інших підстав. Щодо ж засуджених військовослужбовців найчастіше обирається звільнення від покарання (майже завжди — з випробуванням) — 48,3 % (рис. 7), а також призначення покарання із застосуванням статті 69 КК «Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом» — 20,9 %.

Рис. 7. Структура судимості (за видами покарання) за самовільне залишення військової частини або місця служби та дезертирство в Україні протягом 2022–2024 рр.

Отже, фактичне застосування кримінально-правових норм, що встановлюють відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби та дезертирства, свідчить про ситуацію, коли органи кримінальної юстиції в силу певних причин не застосовують передбачені законом санкції, яка у науковій літературі отримала назву правозастосовної депеналізації[521]. Причиною цього, на наш погляд, є те, що у переважній більшості випадків суд користуючись своїми дискреційними повноваженнями не вважає покарання, визначене санкціями відповідних кримінально-правових норм, адекватним суспільній небезпечності вчиненого військовослужбовцями правопорушення. Тобто, надмірна законодавча пеналізація призводить до правозастосовної депеналізації найбільш поширених військових кримінальних правопорушень.

У кримінологічній літературі вже висловлювалась думка, що підвищенню запобіжного впливу правозастосовної діяльності могла б сприяти, як це не парадоксально звучить, часткова декриміналізація посягань, що не становлять великої суспільної небезпеки, і до яких суспільна думка ставиться більш поблажливо[522].

Єдиним раціональним вирішенням (принаймні спробою) цієї проблеми у межах кримінально-правової політики є звуження сфери кримінальної репресії стосовно окремих категорій посягань, що й було реалізовано Законом від 20.08.2024 № 3902-IX «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законів України щодо вдосконалення кримінальної відповідальності за злочини проти встановленого порядку несення або проходження військової служби під час дії воєнного стану»[523], який набрав чинності 07.09.2024.

Втім, як засвідчує наведена вище статистика за 8 місяців 2025 р., сам механізм звільнення від відповідальності був практично недієздатним через системну бездіяльність ДБР. Процедура звільнення могла

[521] Турлова Ю. А. Кримінологічна характеристика браконьєрства в Україні та протидія цим злочинам : монографія. Київ : Наук. світ, 2012. С. 138.

[522] Джужа О. М. Кримінально-правова охорона довкілля як складова спеціально-кримінологічного запобігання екологічної злочинності / Джужа О. М., Василевич В. В., Поліщук Г. С. // *Шлях до кримінології. Пам'яті Анатолія Петровича Закалюка* : зб. матеріалів. Київ : Нац. акад. прав. наук України ; Запоріжжя : КПУ, 2010. С. 102.

523

[523] Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законів України щодо вдосконалення кримінальної відповідальності за злочини проти встановленого порядку несення або проходження військової служби під час дії воєнного стану : Закон від 20.08.2024 № 3902-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3902-20#Text

бути ініційована лише в межах зареєстрованого кримінального провадження. Прокурор мав скласти клопотання до суду, отримавши згоду підозрюваного та командира частини. Однак практика свідчить, що ДБР реєструє лише мізерну частину повідомлень про самовільне залишення військової частини. Наприклад, згідно з офіційною відповіддю однієї з військових частин, за період з березня по грудень 2024 р. було зафіксовано 1 856 випадків самовільного залишення військової частини. При цьому від ДБР військова частина отримала лише 108 витягів з ЄРДР. Це становить менше ніж 6 % від загальної кількості повідомлень. Відсутність відомостей в ЄРДР означає відсутність досудового розслідування. Без нього військовослужбовець, навіть маючи бажання повернутися легальним шляхом, просто не міг цього зробити. Він не мав статусу підозрюваного, не знав, до якого слідчого чи прокурора звертатись, адже юридично його справа не існувала. Механізм, прописаний у законі, розбивався об стіну інституційної неспроможності[524].

Виправити ситуацію мав Проєкт Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за скоєння кримінальних правопорушень, пов'язаних із самовільним залишенням в умовах воєнного стану військової частини або місця служби» (проєкт прийнято за основу 04.09.2025)[525], яким пропонується виключити ч. 5 ст. 401 КК, що передбачає, що особа, яка під час дії воєнного стану вперше вчинила самовільне залишення військової частини або місця служби, дезертирство може бути звільнена від кримінальної відповідальності, якщо вона добровільно повернулася до військової частини або до місця служби. Водночас пропонується передбачити, що якщо на момент розгляду парламентом відповідного закону військовослужбовець висловив бажання повернутись до служби та подав відповідні документи, то його не буде притягнуто до кримінальної відповідальності.

Крім зазначених проблем на дієвість досліджуваних кримінально-правових норм істотно впливає недосконалість законодавчої техніки конструювання диспозицій і санкцій цих норм. Так, М. І. Хавронюк, висвітлюючи суперечності в нормах, які підлягають застосуванню в умовах війни, зазначає, що правова кваліфікація цих правопорушень

[524] Пастка для СЗЧ: чому «декриміналізація» не спрацювала і які ризики має законопроєкт № 13260. URL: https://blog.liga.net/user/ayosypov/article/57733

[525] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за скоєння кримінальних правопорушень, пов'язаних із самовільним залишенням в умовах воєнного стану військової частини або місця служби : від 05.05.2025 № 13260. URL: https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Bills/Card/56341

ускладнена тим, що для виділення багатьох їх видів (загалом 22 склади правопорушень) законодавець взяв одночасно кілька критеріїв поділу — спосіб ухилення, його мета і тривалість, вид суб'єкта, який ухиляється, та обстановка ухилення. Наслідком такої диференціації стали, зокрема, неймовірно широкі межі стягнення (покарання) — від арешту на строк одна доба до позбавлення волі на строк 12 років (що становить 4 383 доби). Дійсної потреби в такій широкій диференціації відповідальності за ухилення від військової служби немає, а нагромадження складів правопорушень іноді ставить перед судами запитання, на які не існує однозначної відповіді[526].

Також мають місце недоліки законодавчої техніки стосовно інших військових кримінальних правопорушень, а саме невизначеність окремих категорій (змісту тяжких наслідків, переліку поважних причин, змісту істотної шкоди) у диспозиціях ст. 403 КК «Невиконання наказу», ст. 407 КК «Самовільне залишення військової частини або місця служби», ст. 426[1] КК «Перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень», надмірність криміналізації у ст. 413 КК «Втрата військового майна», ст. 425 КК «Недбале ставлення до військової служби», ст. 426 КК «Бездіяльність військової влади».

Отже, критична ситуація, що склалась щодо військових кримінальних правопорушень реально загрожує функціональності ЗСУ, обороноздатності та, в умовах війни — існуванні держави та потребує системних заходів реагування, складовою яких мають бути зміни як у конструкції відповідних кримінально-правових норм, так і у діяльності по їх застосуванню. Наведене вище дозволяє зробити припущення, що процес удосконалення даних норм, зокрема у контексті дотримання при криміналізації принципу економії кримінальної репресії, їх подальшої декриміналізації та депеналізації не буде обмежений.

Висновки. Таким чином, проведене у розділі дослідження теоретичних і правозастосовних аспектів адаптивності кримінально-правової політики України до вирішення проблем воєнного періоду дозволило контурно висвітлити та надати науковий опис найбільш значущим (на наш погляд) викликам у цій сфері, а саме: протидії щодо здійсненню окупаційною владою ефективного контролю на ТОТ і полегшенню

526

[526] Хавронюк М. І. Кримінально-правові норми, розраховані на застосування в умовах війни, чинні до початку відкритої російської агресії проти України: досягнення і прорахунки українського законодавства та правозастосовної практики. *Українська кримінальна юстиція в умовах війни* : матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції (м. Львів, 9–11 червня 2022 року) / упорядник І. Б. Газдайка-Василишин. Львів : ЛьвДУВС, 2022. 272 с. С. 253–254. URL: https://dspace.lvduvs.edu.ua/handle/1234567890/4827

розширення їх зони за рахунок кримінально-правової заборони сприянню діяльності окупаційних сил; забезпечення додаткових гарантій ефективної дії ЗСУ щодо захисту країни; залучення максимального кола осіб (передусім цивільних) до справи захисту Вітчизни шляхом кримінально-правового стимулювання соціальної активності громадян щодо заподіяння шкоди ворогові; питання кримінально-правового регулювання відповідальності за злочини проти власності в умовах воєнного стану; необхідність унормування кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку; актуальна потреба у криміналізації злочинів ядерно-мілітарного тероризму; недієвість кримінальної репресії у протидії військовим кримінальним правопорушенням.

Аналіз адаптивності кримінально-правової політики України у воєнний період засвідчив як її сильні сторони, так і наявні системні вади. Передусім, слід відзначити оперативність законодавця у реагуванні на виклики, пов'язані з широкомасштабною агресією РФ: криміналізація колабораційної діяльності (ст. 111^1 КК), пособництва державі–агресору (ст. 111^2 КК), несанкціонованого поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 114^2 КК) та інші новели створили додаткові правові механізми протидії агресору. Водночас виявлено низку суттєвих проблем.

По-перше, значна частина нововведень страждає на концептуальну та техніко-юридичну недосконаліть. Надмірна широта диспозицій, їхня невизначеність, конкуренція та навіть колізії з суміжними складами злочинів (зокрема між ч. 4 ст. 111^1 КК і ст. 111^2 КК) створюють труднощі у правозастосуванні та підривають принцип правової визначеності.

По-друге, аналіз санкцій свідчить про відсутність внутрішньої логіки й пропорційності: однакові або близькі за сутністю діяння можуть кваліфікуватися як нетяжкі чи особливо тяжкі злочини, що веде до дисбалансу у практиці покарання.

По-третє, значною проблемою є військові кримінальні правопорушення (самовільне залишення військової частини або місця служби, дезертирство), динаміка яких свідчить про масштабність цього явища та фактичну неефективність виключно репресивного підходу. Це потребує перегляду доктрини криміналізації й пошуку комплексних рішень, що враховують соціальні та організаційні чинники.

По-четверте, криміналізація ряду діянь (зокрема за ст. 436^2 КК) викликала дискусії щодо обмеження свободи вираження поглядів, а сама

практика правозастосування показує низьку ефективність нових норм (частка звільнених від покарання сягає понад 80 %).

Крім того, вітчизняне законодавство досі не забезпечує належної гармонізації з міжнародними стандартами, зокрема Римського статуту. Наявні прогалини у регламентації злочину агресії та злочинів проти миру й безпеки людства знижують можливості міжнародного правосуддя у переслідуванні винних.

Отже, адаптивність кримінально-правової політики України у воєнний період проявилася у швидкості реагування, але водночас — у домінуванні кримінально-правового популізму, правових колізій та низької якості нормотворчої техніки. Подальший розвиток законодавства має ґрунтуватися на науково-обґрунтованій криміналізації, дотриманні принципів пропорційності й правової визначеності, гармонізації з міжнародними стандартами та врахуванні довгострокових наслідків для правової системи України.

Розділ 7. ПАРАДИГМА КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ТА ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ ПОВЕДІНКИ ЛЮДИНИ ВІДПОВІДНО ДО ВИКЛИКІВ ВОЄННОГО ТА ПОВОЄННОГО ПЕРІОДІВ

Віталій ГАЦЕЛЮК,
кандидат юридичних наук, старший дослідник зі спеціальності 081 Право, член Вищої кваліфікаційної комісії суддів, старший науковий співробітник відділу проблем кримінальної юстиції та кримінології Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6958-2067

Анотація. Досліджено парадигму криміналізації та декриміналізації поведінки людини відповідно до викликів воєнного та повоєнного періодів а також у взаємозв'язку із зазначеною проблематикою здійснено правовий аналіз *acquis communautaire* щодо вирішення кримінально-правових питань. Методологічно обрано підхід, у межах якого аналіз питань криміналізації у сучасних кризових умовах визначає актуальність використання фундаментальних засад та ідей про криміналізацію, які зосереджено у концепції принципів криміналізації.

За результатами критичного аналізу класичної класифікації принципів криміналізації, яка передбачає виділення 1) принципів, що відображають соціальну необхідність і політичну доцільність встановлення кримінальної відповідальності (соціальні та соціально-психологічні принципи криміналізації, що забезпечують соціальну адекватність криміналізації, її допустимість з точки зору головних характеристик соціальних систем і процесів суспільного розвитку, відповідності кримінально-правової норми рівню, характеру суспільної свідомості та стану суспільної думки — принципи суспільної небезпечності, відносної поширеності діяння, позитивних і негативних наслідків криміналізації, кримінально-політичної адекватності криміналізації); 2) принципів, що визначаються вимогою внутрішньої логічної несуперечливості системи норм кримінального права (системно-правові принципи

криміналізації — загально-правові та кримінально-правові системні принципи) обґрунтовано підхід, відповідно до якого варто формулювати принципи криміналізації не як сукупність правил законотворчої техніки у відповідній сфері а як засадничі положення комплексного характеру.

Пропонується наступна модель принципів криміналізації: 1) обґрунтованість криміналізації (виключно за наявності підстави); 2) системність криміналізації (виключно за умови відповідності криміналізації засадам правотворчості та іншим елементам правової системи одного або вищого рівня, закони та конституція, міжнародні договори) (системність криміналізації має наступні елементи: міжнародно-правова, конституційно-правова, кримінально-правова, кримінально-процесуальна, системність криміналізації як правотворчої діяльності); 3) пропорційність криміналізації як втручання у приватне життя (за обсягом діянь які криміналізуються та відносно рівня кримінально-правової репресії за схожі діяння).

Проаналізовано практику криміналізації як реакцію на збройну агресію росії проти України. Загалом, визначено, що основними напрямами нормативного забезпечення відсічі агресії та подолання її наслідків кримінально-правовими засобами за вказаний період стали наступні: пряма заборона різних форм колаборації громадян із агресором (ст.ст. 111^1, 111^2, 114^2), включно із передумовами для інформаційної протидії (ст. 4362), виокремлення злочинів проти людяності (ст. 442^1); забезпечення кримінально-правовими засобами процесів мобілізації та ведення бойових дій (ст.ст. 336^1, 31^1); підвищення кримінально-правового захисту учасників оборони (ст. 435^1), з одночасним превентивним впливом на деякі елементи сектору безпеки і оборони через включення їх до кола суб'єктів військових правопорушень; попередження зловживань у сферах, пов'язаних із забезпеченням «тилових» процесів (ст.ст. 416, 417, криміналізація дій спеціалістів в ролі експертів у судовому процесі, розкрадання гуманітарної допомоги).

У цьому дослідженні особливу увагу приділено практиці криміналізації поведінки, яка не стосується різних форм колаборації із агресором та підтримки його дій, а також питанням апроксимації кримінального права України до положень *acquis communautaire*.

Ключові слова: криміналізація; декриміналізація; принципи криміналізації; обґрунтованість, системність, пропорційність; колабораційна діяльність; злочини проти людяності; кримінальне право ЄС; *Acquis communautaire* (*EU acquis*).

Vitalii HATSELIUK,

PARADIGM OF CRIMINALIZATION AND DECRIMINALIZATION OF HUMAN BEHAVIOR IN ACCORDANCE WITH THE CHALLENGES OF THE WAR AND POST-WAR PERIODS

Summary. The paradigm of criminalization and decriminalization of human behavior in accordance with the challenges of the war and post-war periods has been studied, and in connection with the above-mentioned issues, a legal analysis of the criminal law element of acquis communautaire has been carried out. Methodologically, an approach has been chosen within which the analysis of criminalization issues in modern crisis conditions determines the relevance of using ideas about criminalization, which are concentrated in the concept of criminalization principles.

Based on the results of a critical analysis of the classical classification of the principles of criminalization, which includes 1) principles that reflect the social necessity and political expediency of establishing criminal responsibility (social and socio-psychological principles of criminalization, which ensure the social adequacy of criminalization, its admissibility from the point of view of the main characteristics of social systems and processes of social development, the correspondence of the criminal law norm to the level, nature of public consciousness and the state of public opinion — the principles of social danger, the relative prevalence of the act, the positive and negative consequences of criminalization, the criminal-political adequacy of criminalization); 2) principles determined by the requirement of internal logical consistency of the system of criminal law norms (principles of systemic criminalization), an approach has been substantiated, according to which the principles of criminalization should be formulated not as a set of rules of law-making technique in the relevant field, but as fundamental provisions of a comprehensive nature. The following model of the principles of criminalization is proposed: 1) justification of criminalization (criminalization only if there is a reason); 2) systematicity of criminalization (only if the criminalization complies with the principles of lawmaking and other elements of the legal system of the same or higher level, laws and the constitution, international treaties) (The systematicity of criminalization has the following elements: international; constitutional; criminal; criminal procedural; systematicity of criminalization as a law-making activity); 3) proportionality of criminalization as an interference in private life (in terms of the volume of acts that are criminalized and in relation to the level of criminal legal repression for similar acts).

The practice of criminalization as a reaction to russia's armed aggression against Ukraine is analyzed. In general, it was determined that the main areas of regulatory support for repelling aggression and overcoming its consequences by criminal law means for the specified period were the following: Direct prohibition of various forms of collaboration of citizens with the aggressor (Articles 111^1, 111^2, 114^2), including setting the prerequisites for information counteraction (Article 436^2), defining of crimes against humanity as a separate crime (Article 442^1); Provision of criminal law means for the processes of mobilization and conduct of combat actions (Articles 336^1, 31^1); Increasing criminal law protection of defense participants (Article 435^1), with a simultaneous preventive impact on some elements of the security and defense sector by including them in the circle of subjects of military offenses; Prevention of abuses in areas related to the provision of «rear» processes (Articles 416, 417, criminalization of actions of specialists as experts in the judicial process, embezzlement of humanitarian aid).

This study pays special attention to the practice of criminalizing behavior that does not concern various forms of collaboration with the aggressor and support for his actions, as well as issues of approximation of the criminal law of Ukraine to the provisions of the acquis communautaire.

Key words: criminalization; decriminalization; principles of criminalization; justification, systematicity, proportionality; collaborative activity; crimes against humanity; EU criminal law; Acquis communautaire (EU acquis).

Парадигмально орієнтований підхід до аналізу питань криміналізації у сучасних кризових умовах, на нашу думку, зумовлює актуальність використання фундаментальних засад та ідей про криміналізацію, які зосереджено у концепції принципів криміналізації. Академічна спільнота криміналістів розвинула доволі велику кількість авторських концепцій, власне, принципів криміналізації саме як елементу науки кримінального права. При цьому, в літературі зазначається щодо досить умовного поділу критеріїв криміналізації на підстави, умови та принципи, які багато в чому збігаються за своїм змістом[527]. Так, А. Орлеан

[527] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Камянець-Подільський. 2014. С. 198, 210 ; Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації. Монографія. Запоріжжя : Запорізький національний університет. 2014. С. 107.

розглядає принципи криміналізації як науково-обґрунтовані спеціальні правила і критерії побудови кримінально-правової заборони. У випадку неможливості забезпечення дотримання таких принципів, на думку дослідника, від криміналізації слід відмовитись, не зважаючи навіть на наявність підстав для її здійснення[528].

Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. розглядають принципи та умови криміналізації як синоніми[529]. О. І. Гузоватий зазначає, що криміналізація незаконного збагачення відповідає принципам, які втілюють суспільну необхідність і політичну доцільність встановлення кримінальної відповідальності, соціальним та соціально-психологічним, а також системно-правовим принципам[530]. О. О. Дудоров під принципами криміналізації, як видається, розуміє не просто прикладні законодавчі рамки, яким має відповідати процес криміналізації. Зокрема, вчений говорить про «традиційний поділ принципів криміналізації на соціальні і соціально-психологічні та системно-правові»[531], що наводить на аналогію із подібним підходом щодо принципів кримінального права загалом, які вміщують всі ключові фундаментальні положення галузі. Це підтверджується і наступною тезою автора: «чільне місце серед соціальних і соціально-психологічних принципів криміналізації, які виражають суспільну необхідність і політичну доцільність встановлення та існування кримінальної відповідальності за те чи інше діяння, займає принцип суспільної небезпеки. Він означає, що криміналізації підлягає лише те діяння, суспільна небезпека якого є достатньо високою»[532]. Тобто в цьому випадку обставина, що у більшості випадків відноситься авторами до змісту підстави криміналізації, названа серед її принципів. В іншій публікації О. О. Дудоров дещо змінює акценти, посилаючись на класичну радянську працю про підстави кримінально-правової заборони: «Погоджуюсь з тими науковцями, які підставою криміналізації визнають зумовлену змінами соціальної, економічної або політичної обстановки справжню потребу у тій чи іншій кримінально-правовій

[528] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 198.

[529] Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації. Там само. С. 117.

[530] Гузоватий О. І. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження) : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08. Дніпро, 2016. С. 55

[531] Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права. Луганськ. 2010. С. 25.

[532] Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права. Там само. С. 484.

новелі, суспільну необхідність застосування заходів кримінального права до певної групи відносин, а принципи криміналізації поділяють на дві основні групи: 1) соціальні і соціально-психологічні та 2) системно-правові (загально-правові і кримінально-правові). Першу групу складають принципи суспільної небезпеки, відносної поширеності діяння, пропорційності позитивних і негативних наслідків криміналізації та кримінально-політичної адекватності. До загально-правових принципів криміналізації віднесені принципи конституційної адекватності, системно-правової несуперечливості, міжнародно-правової необхідності і допустимості, процесуальної здійсненності переслідування, а до кримінально-правових — принципи відсутності прогалин у законі, визначеності та єдності термінології, повноти складу злочину, ненадмірності та економії репресії»[533]. Р. О. Мовчан також говорить про суспільну небезпеку діяння як основний принцип криміналізації[534].

На думку автора глибокої рецензії на книгу Д. Гусака (*Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, 2007) професора С. Гріна, першим принципом криміналізації дійсно має бути вимога наявності шкоди від діяння[535], але він виводить її із зовнішнього (відносно кримінального права) середовища, з так званого незалежного принципу справедливості[536]. На нашу думку, це більше питання факторів криміналізації, про що детальніше мова йшла вище.

В. К. Грищук зазначає, що в державі демократичного спрямування застосування наявних видів соціальної відповідальності має бути збалансованим стосовно до кожного виду порушення людиною приписів соціальних норм. При цьому недопустимим є зловживання найбільш суворими видами соціальної відповідальності, а серед принципів негативної (ретроспективної) соціальної відповідальності вчений відносить і принцип обґрунтованості підстав відповідальності[537]. Таку збалансо-

---

[533] Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права. Там само. С. 733.

[534] Мовчан Р. О. Суспільна небезпека діяння як основний принцип криміналізації самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва. *Вісник Луганського держ. ун-ту внутр. справ імені Е. О. Дідоренка.* 2008. Вип. 2. С. 90–91.

[535] При цьому, С. Грін зауважує, що Д. Гусак використовує словосполучення «шкода чи зло» (harm or evil) і пояснює це тим, що автор включає сюди не лише вчинки, що спричиняють шкоду інтересам інших, але й ті, що несуть в собі ризик її спричинення

536

[536] Green, Stuart P., Is There Too Much Criminal Law? (May 6, 2009). Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 6, 2009, *Rutgers School of Law-Newark Research Papers*. № 046, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1400305. P. 739.

[537] Грищук В. К. Філософсько-правове розуміння відповідальності людини. Хмельницький. 2012. С. 145, 155.

ваність, очевидно, треба розуміти в тому числі як результат оцінки та зважування позитивних і негативних наслідків криміналізації. Так, М. Карчевський зауважує, що приймаючи рішення про криміналізацію посягань на інформаційну безпеку, треба обов'язково враховувати її можливі негативні наслідки: неможливість для певної частини суспільства реалізувати інформаційну потребу через надмірну правову зарегульованість; неможливість реалізації в повному обсязі права власності на інформацію через надлишкові кримінально-правові гарантії доступу до інформаційних ресурсів; масштабні маніпуляції з масовою свідомістю, зумовлені зловживаннями правовими гарантіями невтручання в діяльність засобів масової інформації; згортання процесів демократизації через надто широкі правові можливості держави у сфері контролю за діяльністю мас-медіа тощо[538]. Він же зазначає: в контексті питання про (не)охоплення криміналізацією питань караності, варто зазначити, що вчені активно користуються[539] таким принципом криміналізації, як принцип співрозмірності санкції та економії репресії. А.В. Андрушко зазначає, що запровадження кримінальної відповідальності за наклеп (так само як і за образу) суперечить принципу співрозмірності позитивних та негативних наслідків криміналізації[540].

Нільс Яреборг наводить шість типів аргументів за чи проти криміналізації: 1) шкідливість діяння (*blameworthiness*); 2) потреба у застосуванні засобів криміналізації (*need*); полягає у неможливості забезпечити захист цінностей та інтересів іншими шляхами; 3) стриманість (*moderation*); стосується здебільшого аргументації проти криміналізації та полягає у необхідності дотримання балансу між рівнем репресії та шкідливістю діяння; 4) неефективність (i*nefficiency*); полягає у недоцільності криміналізації, якщо норма не може бути ефективно застосована, наприклад, через неможливість адекватно описати діяння або довести його ознаки, або через явну невідповідність криміналізації громадській думці та, як наслідок, її ігнорування чи зниження поваги до системи кримінальної юстиції; 5) вартість контроль (*control cost*); полягає у тому, що криміналізація обґрунтована, якщо вартість інших засобів (наприклад, плата за утримання від небажаної поведінки) значно

[538] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України : монограф. Луганськ. 2012. С. 99.

[539] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 85.

[540] Андрушко А. В. Теоретико-прикладні засади запобігання та протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи: монограф. Київ. 2020. С. 129.

перевищують ресурси, необхідні для криміналізації та подальших дій; ще одним аспектом тут є те, чи отримує система кримінальної юстиції ресурси, необхідні для належного застосування криміналізації у пропонованому обсязі; крім того, треба брати до уваги інші наслідки, наприклад у випадку криміналізації володіння чимось можуть значно зрости ціни на такий предмет, що викличе зростання рівня злочинності проти власності, та, можливо, появу нової форми організованої злочинності у цій сфері; 6) інтереси жертви; полягає у перенесенні тягара доказування та переслідування на органи кримінальної юстиції у випадку криміналізації. Узагальнюючи, Н. Яреборг формулює такі принципи криміналізації: 1) принцип шкідливості поведінки (поведінка, яка не суттєво шкідлива, не має бути криміналізована); 2) принцип утилітарності (чи криміналізація приносить більше користі, чи шкоди); 3) принцип гуманності (інтереси потерпілого та певні аргументи зі сфери вартості контролю. При цьому певним метапринципом відносно зазначених трьох автор називає вже згаданий нами принцип *ultima ratio*[541].

Цей принцип не є чимось невідомим для вітчизняної кримінально-правової науки. Так, О. О. Дудоров зазначає, що «безспірною є теза про те, що криміналізація як крайній крок з боку держави буде виправданою лише в тому разі, коли бракує інших (крім кримінального закону) правових важелів впливу на певну поведінку особи»[542]. Він же підкреслює, що принцип економії кримінально-правової репресії передбачає, що звертатись до криміналізації тієї чи іншої поведінки варто лише у тому випадку, коли бракує інших правових важелів впливу на неї[543]. Щодо криміналізації дії із заставним майном він пише: з точки зору теорії кримінального права Закон № 3795-VI у частині доповнення ст. 388 КК вказівкою на незаконні дії із заставленим майном навряд чи може бути оцінений інакше, як спроба «вилікувати нежить хіміотерапією». Між тим, кримінальний закон — не панацея від усіх хвороб суспільства. Його головне призначення як *ultimo ratio* — крайнього засобу (останнього аргументу) полягає не у вирішенні проблем банків чи інших суб'єктів господарювання та не в зниженні ризиків діяльності цих суб'єктів, а в боротьбі з тими діяннями, які характеризуються суспільною небезпекою

541

[541] Jareborg, Nils. Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio). Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 2, no. 2 (2005), p. 530. URL: https://kb.osu.edu/handle/1811/72899

[542] Дудоров О. О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ. 2017. С. 236.

[543] Дудоров О. О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Там само. С. 369.

та становлять реальну загрозу для людини, суспільства або держави[544]. Досліджуючи зміст принципу пропорційності та його реалізацію у криміналізації, С. Шевченко зазначає, що криміналізація має застосуватись державою лише тоді, коли інші засоби (цивільні, адміністративні та ін.) виявились неефективними або не можуть бути ефективними з огляду на зміст діяння (наприклад, умисне вбивство)[545].

Загалом, концепція принципів криміналізації за Яреборгом охоплює питання факторів криміналізації у нашому викладі.

Повертаючись до принципів криміналізації як вказівників для законодавця, зазначимо, що цей процес повинен відбутися таким чином, щоби досягти її мети — створення чіткої передбачуваної норми — заборони. Нечіткий, такий, що допускає можливість дво- чи багатозначного тлумачення, закон будь-якої галузевої належності автоматично стає зручним інструментом для порушення прав людини. Коли ж такими властивостями наділяється кримінальний закон, який за своїм змістом призначений саме для правомірного обмеження в реалізації прав особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, його нечіткість обумовлює можливість особливо складних і болісних порушень прав людини[546].

Л. Демидова в цьому контексті справедливо зазначає: «якість закону — це правовий стандарт, сукупність властивостей, яким притаманна потенційна здатність забезпечити ефективне державне правове регулювання та задовольнити певні інтереси держави і суспільства»[547].

При цьому, не зважаючи на те, що пеналізація є окремим процесом, Ю. Пономаренко правий в тому, що порушенням принципу законності має бути визнана криміналізація певного діяння без його одночасної пеналізації, тобто без визначення видів і розмірів покарань, що підлягають застосуванню за його вчинення[548].

Отже, принципи криміналізації — це прикладні принципи, у відповідності до яких встановлюється необхідна та ефективна кримінально-правова заборона.

---

[544] Дудоров О. О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Там само. С. 589.

[545] Шевченко С. В. Принцип пропорційності у криміналізації діянь : монограф. Київ : ВД «Дакор», 2024. С. 146.

[546] Пономаренко Ю. А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень. Харків., 2020. С. 388.

[547] Демидова Л. М. Щодо критеріїв якості кримінального законодавства (історичний аспект). *Збірник наук. праць Харківського нац. пед. Ун-ту ім. Г. С. Сковороди. Серія : Право*. 2010. Вип. 14. С. 128

[548] Пономаренко Ю. А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень. Там само. С. 385–386.

Наступний погляд на принципи криміналізації має Д. О. Балобанова: 1) відсутність прогалин у законі й ненадмірність заборони; 2) визначеність і єдність термінології; 3) доцільність — можливість створення, зміни й послідуючого застосування положень кримінального закону, виходячи з потреб суспільства й держави, для досягнення певних цілей, з урахуванням загально-правових принципів у строго встановлених законодавчих межах, що проявляється в побудові норм кримінального закону, визначенні їхньої структури, місця розташування в самому кримінальному законі й встановленні співвідношення з іншими положеннями КК[549].

В даному випадку розуміння дослідницею змісту принципу доцільності криміналізації, а також ненадмірність заборони як складова принципів криміналізації також відсилають нас до питання факторів, тобто обставин, аналіз яких визначає, що саме і у який момент має бути криміналізоване. При цьому принципове значення має розуміння того, що в системі кримінально-правового впливу сучасності право держави на покарання винної особи кореспондує праву порушника бути покараним, а заборона небажаної поведінки — праву на вчинення кримінального правопорушення як форми протидії незаконній у сенсі природних прав людини криміналізації[550].

Ключове значення для криміналізації має і її відповідність стандартам верховенства права як фундаментальної засади всієї правової системи, орієнтованої на реалізацію людської гідності як конституційної цінності. Ю. В. Баулін пропонує таке формулювання: «Відповідно до принципу верховенства права Кримінальний кодекс України на основі поваги до людської гідності унеможливлює свавільне втручання держави у права і свободи особи, яка вчинила злочин»[551]. Як зазначив КСУ, основна мета верховенства права полягає насамперед в обмеженні влади держави над людиною, у забезпеченні від довільного втручання держави та її органів у певні сфери життєдіяльності людини[552].

---

[549] Балобанова Д. О. Теорія криміналізації : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2007. С. 179.

[550] Туляков В. О. Право на злочин та право бути покараним у контексті розвитку прав людини. *Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації* : матер. міжнар. наук.-практ. конф., 12–13 жовт. 2017 р. / редкол. : В. Я. Тацій, (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2017. С. 84–88.

[551] Баулін Ю. В. Принцип верховенства права у кримінально-правовому вимірі. Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України : мат-ли міжнар. наук. конф., (м. Харків, 17–19 жовт. 2019 р.) / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), А. П. Гетьман, Ю. В. Баулін та ін. Харків: Право, 2019. С. 113

[552] Рішення КСУ у справі за конституційним поданням 62 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України

У свою чергу, Венеційська комісія констатувала наявність консенсусу щодо таких обов'язкових елементів поняття «верховенство права»:

«a. Законність, включаючи прозорий, підзвітний та демократичний процес введення в дію приписів права;

b. Юридична визначеність;

c. Заборона свавілля;

d. Доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю;

e. Дотримання прав людини;

f. Заборона дискримінації та рівність перед законом» (п. 41)[553].

Ю. Пономаренко зазначає, що із основоположного принципу верховенства права виводиться вісім окремих принципів нижчого рівня, що підлягають закріпленню у кримінальному законі, і яким має підкорятися не лише правозастосовний рівень, а й правотворчий рівень здійснення кримінально-правової політики, причому — у всіх його напрямах. Це принципи: законності; юридичної визначеності; рівності перед законом; пропорційності; індивідуальності; гуманізму; однократності; сумлінного виконання міжнародних зобов'язань[554].

«Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України та призначення позачергових виборів» № 6-р/2019 від 20.06.2019. Офіційний вісник України. 2019. № 57. Ст. 1984 (абз. 6 п. 4 і абз. 1 підп. 4.3 п. 4 мотивувальної частини)

[553] Верховенство права : доп., схвал. Венец. коміс. на 86-му пленар. засід. (Венеція, 25–26 берез. 2011 р.) / Європ. коміс. «За демократію через право» (Венец. коміс.) ; пер. укр. мовою С. Головатого (за підтримки Амер. агенції з міжнар. розвитку/USAID). *Право України*. 2011. № 10. С. 168–184

[554] 1. Принцип законності полягає в тому, що закон повинен визначити: по-перше, загальне поняття покарання, його ознаки та мету, а також місце покарання у системі кримінально-правових засобів-установлень; по-друге, зміст кожного окремого виду покарання; по-третє, розміри кожного виду покарання; по-четверте, коло осіб, до яких той чи інший окремий вид покарання може бути застосований; по-п'яте, караність кожного окремого кримінального правопорушення (санкцію за нього).

2. Принцип юридичної (чи правової) визначеності полягає в тому, що: по-перше, приписи закону про караність кримінальних правопорушень мають бути сформульовані максимально чітко, так, щоб до пускати лише один варіант їх тлумачення й унеможливлювати будь-який інший; по-друге, має бути віднайдений розумний баланс між імперативністю приписів закону в частині караності та дискреційними повноваженнями суду щодо призначення покарання; по-третє, має бути забезпечений постійний контроль за придатністю до застосовування положень кримінального закону про караність; по-четверте, приписи кримінального закону про караність мають бути передбачуваними; по-п'яте, усі зміни караності мають провадитися з наданням суспільству реальної можливості ознайомлення з ними та призвичаєння до них; по-шосте, посилення караності не може мати зворотної дії в часі.

З огляду на те, що автор розглядає ці положення як засади, «яким має підкорятися не лише правозастосовний рівень, а й правотворчий рівень здійснення кримінально-правової політики», це принципи

3. Принцип рівності перед кримінальним законом у частині визначення караності кримінальних правопорушень має чотири складові: по-перше, це визначення караності усіх кримінальних правопорушень, вчинюваних будь-якою особою, в єдиному кримінальному законі; по-друге, для всіх суб'єктів кримінальних правопорушень караність, за загальним правилом, має бути визначена однаково і незалежно від їхніх ознак раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками; по-третє, допущення можливості законодавчого встановлення обґрунтованих особливостей караності кримінальних правопорушень для представників окремих соціальних груп; по-четверте, допущення можливості існування так званих «спеціальних» покарань.

4. Принцип пропорційності в частині визначення караності кримінальних правопорушень має такий прояв: по-перше, легітимність мети визначення караності обумовлюється підставами криміналізації діяння; по-друге, караність кримінальних правопорушень має бути домірною (розмірною), але не надмірною; по-третє, покарання має бути ultima ratio (крайнім засобом), що застосовується за вчинення кримінального правопорушення; по-четверте, розміри самого покарання мають бути диференційовані і відповідати типовій тяжкості кримінального правопорушення.

5. Принцип індивідуальності при визначенні караності кримінальних правопорушень полягає в тому, що цей кримінально-правовий засіб повинен встановлюватися в такому виді, щоб він мав максимально особистий характер, тобто щоб покарання у мінімальному ступені зачіпали права інших осіб, окрім тієї, яка вчинила кримінальне правопорушення.

6. Принцип гуманізму в частині визначення караності кримінальних правопорушень, з одного боку, вимагає належної поваги до прав особи, що вчинила кримінальне правопорушення, обмеження їх лише в тому обсязі, в якому це необхідно й допустимо для досягнення цілей покарання, а з іншого боку, є перешкодою для встановлення негуманних (нелюдських) видів покарань або негуманних моделей таких видів покарань, існування яких загалом не визнається порушенням ст. 3 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

7. Принцип однократності в частині визначення караності кримінальних правопорушень має три складові: по-перше, у кримінальному законі має бути закріплене загальне правило про те, що кожне кримінальне правопорушення карається лише один раз; по-друге, визначаючи караність окремих кримінальних правопорушень, законодавець повинен брати до уваги і те, щоб у разі, коли склади окремих злочинів чи кримінальних проступків співвідносяться між собою як частина і ціле, була унеможливлена кваліфікація цілого за сукупністю двох статей, а відтак — і подвійна його караність; по-третє, у законі мають бути передбачені територіальні межі дії принципу non bis in idem таким чином, щоб ним не охоплювалася заборона подвійної міждержавної юрисдикції в тих випадках, коли вона допускається міжнародним правом.

8. Сумлінне виконання міжнародних зобов'язань як принцип здійснення законодавцем діяльності з визначення караності кримінальних правопорушень полягає у максимально повному втіленні в кримінальному законі норм і механізмів, закладених у міжнародно-правових договорах України щодо караності окремих діянь з урахуванням особливостей нашої національної правової системи та вимог наступності нашого кримінального законодавства. Пономаренко Ю. А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень. Харків., 2020. С. 420–422.

саме кримінального права, а не криміналізації. Тому, визначаючи зміст принципів криміналізації, наведені засадничі положення мають враховуватися у контексті особливостей процесу криміналізації.

Відповідно до позиції КСУ, принцип правової визначеності, як один з елементів верховенства права, полягає в тому, що «обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями. Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки»[555]. Також КСУ неодноразово визначав, що «принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема, їх передбачуваності (прогнозованості) та стабільності»[556].

Зміст принципу правової визначеності у аспекті караності кримінальних правопорушень полягає, на думку Ю. А. Пономаренка, у наступних складових: 1) приписи закону про караність кримінальних правопорушень мають бути сформульовані максимально чітко, так, щоб допускати лише один варіант їх тлумачення й унеможливлювати будь-який інший; 2) принцип правової визначеності вимагає розумного балансу між імперативністю приписів закону в частині караності та дискреційними повноваженнями суду щодо призначення покарання; 3) принцип правової визначеності при законодавчому встановленні караності кримінальних правопорушень вимагає також і постійного

[555] Рішення КСУ у справі за конституційним поданням Уповноваженого ВРУ з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону «Про міліцію» № 17-рп/2010 від 29.06.2010. Офіційний вісник України. 2010. № 52. Ст. 1746 (абз. 3 підп. 3.1 п. 3 мотивувальної частини).

[556] Див. : Рішення КСУ у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 7 частини другої статті 42 Закону «Про вищу освіту» № 2-р/2017 від 20.12.2017. Офіційний вісник України. 2018. № 18. Ст. 619 (абз. 6 п. 2.1 мотивувальної частини) ; Рішення КСУ у справі за конституційними поданнями 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців тринадцятого, чотирнадцятого пункту 32 розділу І Закону «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи» та ВСУ щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу першого підпункту 164.2.19 пункту 164.2 статті 164 Податкового кодексу України (справа про оподаткування пенсій і щомісячного довічного грошового утримання) № 1-р/2018 від 27.02.2018. *Офіційний вісник України.* 2018. № 37. Ст. 1314 (абз. 9 підп. 4.3 п. 4 мотивувальної частини).

контролю за тим, щоб кримінальний закон був придатним для застосовування; 4) кожен член суспільства повинен мати змогу з достатньою точністю передбачити, які види та розміри покарань встановлені у кримінальному законі за те протиправне діяння, яке він має намір вчинити; 5) усякі зміни кримінально-правових засобів (передусім — і покарання) були не лише передбачуваними суспільством, а й провадилися з наданням суспільству реальної можливості ознайомлення з ними та призвичаєння до них; 6) встановлення у кримінальному законі (хоча, це також встановлено і в Конституції та цілій низці міжнародно-правових актів) заборони на зворотну дію в часі законів, які посилюють її (караність)[557].

Принцип пропорційності не виділяється окремо в Доповіді Венеційської комісії, але виокремлений Ю. А. Пономаренком: цей принцип є чи не найзначимішим в усій системі правил, якими має керуватися законодавець, визначаючи караність кримінальних правопорушень[558]. Ми раніше писали про принцип адекватності[559].

С. Шевченко надає принципу пропорційності у криміналізації ключове значення та підкреслює: держава має прагнути створювати нейтральні кримінально-правові заборони та бути неупередженим суб'єктом у процесі криміналізації. Принцип пропорційності у криміналізації діянь є певною системою координат для держави, тобто сукупністю певних правил (алгоритмів), які визначають межі, якими слід керуватись державі у процесі криміналізації і у відповідності з якими необхідно прагнути «права як належного». Принцип пропорційності є пересторогою для держави від реалізації тези «мета виправдовує засоби» у царині криміналізації діянь[560].

С. П. Погребняк вважає, що зміст принципу пропорційності складають чотири основні вимоги: 1) мета встановлення певних правових обмежень повинна бути легітимною й істотною; 2) обмеження, що переслідують істотну мету, мають бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими — тобто розмірними; 3) якщо існують менш обтяжливі шляхи досягнення цих цілей, вони мають бути використані; 4) розмір (обсяг)

[557] Пономаренко Ю. А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень. Там само. С. 387–392.

[558] Пономаренко Ю. А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень. Там само. С. 396.

[559] Гацелюк В. О. Реалізація принципу законності кримінального права України (загальні засади концепції). Луганськ. 2006. С. 72.

[560] Шевченко С. В. Принцип пропорційності у криміналізації діянь. Там само. С. 225.

самого публічно-правового обмеження має бути диференційований, сукупна наявність яких, на його думку, й забезпечить розумний баланс інтересів[561].

КСУ з цього приводу зазначив: «правова держава, вважаючи покарання передусім виправним та превентивним засобом, має використовувати не надмірні, а лише необхідні і зумовлені метою заходи»[562]. Пропорційність права має ключове значення для досягнення справедливості: хоча принцип справедливості формально й не відноситься до змісту принципу верховенства права, а також і не визначається у проєкті нового КК серед принципів кримінального закону, при визначенні караності кримінальних правопорушень він буде дотриманий тоді, коли сукупно будуть дотримані принципи рівності перед законом та пропорційності[563].

Схожою за важливістю з верховенством права у кримінальному праві є концепція його гуманістичних засад. Принцип гуманізму у сфері кримінального права — це система ідей, орієнтованих на характеристики людини при врахуванні деструктивних соціальних, фізіологічних, біологічних особливостей (як особи, яка вчиняє злочин, так і потерпілого) у контексті визначення злочину та покарання, забезпечення реалізації прав і свобод людини за допомогою норм кримінального законодавства, пропорційне обмеження прав і свобод особи, яка вчинила злочин, збереження за особою, яка вчинила злочин, невідчужуваних і гарантованих законом прав, гарантування реалізації прав і свобод потерпілого, третіх осіб, а також забезпечення безпеки суспільства в цілому та держави, зазначає Л. Тимофеєва[564].

Але це далеко не єдині принципи, які називаються вченими в контексті аналізу криміналізації. Зокрема, про принцип мінімальної

---

[561] Погребняк С. П. Принцип пропорційності в українській юридичній практиці та практиці ЄСПЛ. *Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини* : зб. наук. ст. Міжнар. наук.практ. конф. (Одеса, 15 вересня 2012 р.) / за ред. С. В. Ківалова ; НУ «ОЮА». Одеса: Фенікс, 2012. С. 297–298.

[562] Рішення КСУ у справі за конституційним поданням ВСУ щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) № 15-рп/2004 від 2.11.2004. *Офіційний вісник України.* 2004. № 45. Ст. 2975 (абз. 4 підп. 4.2 п. 4 мотивувальної частини).

[563] Пономаренко Ю. А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень. Там само. С. 404.

[564] Тімофєєва Л. Ю. Гуманістична парадигма кримінального права України : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса : Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.», 2018. С. 11.

криміналізації (*minimum criminalization*) говорить професор Ендрю Ешворт: навіть якщо теоретично виявиться, що певна поведінка має бути криміналізована, таке рішення не повинно бути ухвалене без оцінки потенційного впливу криміналізації, її ефективності, сторонніх ефектів, та можливостей вирішення проблеми за допомогою інших форм регулювання та контролю[565].

Про такий принцип криміналізації як (процесуальна) здійсненність кримінального переслідування пише О. О. Дудоров[566]. Фахівці зазначають, що без розроблення якісної (бажано за участю фахівців НКЦПФР) криміналістичної методики розслідування незаконного використання інсайдерської інформації та професійного застосування цієї методики кваліфікованими правоохоронцями ст. 232[1] КК і надалі носитиме декларативний характер і залишатиметься «мертвою» забороною при тому, що передбачена нею суспільна небезпечна поведінка має місце в сучасній господарській практиці[567]. Як зазначає А. Орлеан, отримавши внаслідок дослідження підстав криміналізації відповідь на питання про актуальність створення кримінально-правової заборони, ми стикаємося із не менш важливими питаннями реальної можливості здійснення такого кроку в наявних умовах та забезпечення належної якості кримінально-правової заборони. Для того, щоб кримінально-правова норма була ефективною, її треба втілити в належну форму. Конструювання такої норми повинно відповідати напрацьованим теорією криміналізації принципам… у випадку неможливості забезпечення дотримання таких принципів, від криміналізації слід відмовитись, незважаючи навіть на наявність підстав для її здійснення[568].

З цим погоджується Д. Балобанова: кримінальне переслідування має бути процесуально здійсненним. Правозастосовна практика виробила низку вимог, яких варто дотримуватися для досягнення зазначеної мети. Так, наприклад, «…ні за яких обставин не повинно криміналізуватися діяння, яке потребує доказування всіх суттєвих моментів суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, що утворює найбільші

---

[565] Andrew Ashworth, Principles of criminal law. 3d ed., 1999. P. 67–68.

[566] Дудоров О. О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Там само. С. 203, 205, 228, 394, 481, 617, 623.

[567] Дудоров О. О., Каменський Д. В. Інсайдерська інформація та кримінальний закон: від американських реалій до європейських перспектив. *Юридичний електронний науковий журнал*. 2019. №3. С. 199 URL: http://www.lsej.org.ua/3_2019/52.pdf

[568] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 197–198.

складнощі». По-друге, криміналізувати можна лише ті діяння, які піддаються виявленню й реєстрації, а особи, які їх вчинили — встановленню. Іншими словами, кримінально-правовому регулюванню підлягає лише поведінка, що за своїм характером доступна зовнішньому контролю, а тим самим і піддається доведенню. По-третє, криміналізувати необхідно лише ті діяння, розслідування й судовий розгляд яких може бути здійснено законними засобами. По-четверте, криміналізації підлягають лише діяння, вчинені особами, виправлення й попередження яких може бути здійснено наявними пенітенціарними мірами. У теорії сформульовано деякі загальні вимоги до діяння, яке підлягає криміналізації, що випливають із принципу вірогідності розкриття: 1) ні за яких умов не повинно підлягати криміналізації діяння, розкриття й доказування якого неможливо без провокування продовження протиправних дій винними; 2) за загальним правилом, доведення кримінального діяння має бути досяжним без нанесення «шкоди для недоторканності приватного життя та відносин довіри між близькими людьми»; 3) не можна криміналізувати діяння, єдиним достовірним доказом вчинення якого можуть бути лише показання співучасників або тих осіб, у чиїх інтересах відбувалося кримінальне правопорушення. Оцінка реальних можливостей системи кримінальної юстиції повинна служити фактором, котрий стримує надмірне розширення криміналізаційних процесів.[569]

Також О. О. Дудоров зазначає: діяльність законодавця, що полягає у встановленні кримінально-правових заборон, не може бути довільною і повинна (в ідеалі) підлягати певним правилам, виробленим юридичною наукою. Ці правила в кримінально-правовій літературі різними авторами називаються та групуються по-різному. Водночас кожному юристові відомо, що криміналізації будь-якого діяння має передувати ретельна робота щодо аналізу підстав, приводів (конкретних подій чи фактів, які обумовили постановку питання про боротьбу з тим чи іншим явищем за допомогою кримінального закону) та умов (принципів) його криміналізації. Класичним (хоч далеко і не єдиним) підходом стосовно чинників криміналізації вважається вчення, у межах якого підставою криміналізації визнається зумовлена змінами соціальної, економічної або політичної обстановки справжня потреба у тій чи іншій кримінально-правовій новелі, а принципи криміналізації поділяються на дві основні групи — соціальні і соціально-психологічні та системно-правові (загально-правові і

[569] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження) : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.08. Одеса : Нац. ун-т «Одеська юридична академія», 2021. С. 220–221.

кримінально-правові). Першу групу складають принципи суспільної небезпеки, відносної поширеності діяння, пропорційності позитивних і негативних наслідків криміналізації та кримінально-політичної адекватності. До загально-правових принципів криміналізації віднесені принципи конституційної адекватності, системно-правової несуперечливості, міжнародно-правової необхідності і допустимості, процесуальної здійсненності переслідування, а до кримінально-правових — принципи відсутності прогалин у законі, визначеності та єдності термінології, повноти складу злочину, ненадмірності та економії репресії[570].

Він же у різних роботах зазначає про такі принципові положення криміналізації: З врахуванням вироблених теорією кримінального права принципів криміналізації (відносної поширеності діяння, міжнародно-правової необхідності і допустимості, суспільної небезпечності діяння та економії кримінально-правової репресії, повноти складу злочину, точності та єдності термінології, процесуальної здійсненності переслідування) розглядається питання про доцільність криміналізації підприємницького підкупу як господарського злочину[571]; криміналізацію порушень законодавства про фінансовий моніторинг, враховуючи їх суспільну небезпеку і міжнародно-правові зобов'язання України, вважаємо виправданою і водночас здійсненою з порушенням окремих принципів криміналізації[572]; погоджуюсь з тими науковцями, які підставою криміналізації визнають зумовлену змінами соціальної, економічної або політичної обстановки справжню потребу у тій чи іншій кримінально-правовій новелі, суспільну необхідність застосування заходів кримінального права до певної групи відносин, а принципи криміналізації поділяють на дві основні групи: 1) соціальні і соціально-психологічні та 2) системно-правові (загально-правові і кримінально-правові). …Чільне місце серед соціальних і соціально-психологічних принципів криміналізації, які виражають суспільну необхідність і політичну доцільність встановлення та існування кримінальної відповідальності за те чи інше діяння, займає принцип суспільної небезпеки. Він означає, що криміналізації підлягає лише те діяння, суспільна небезпека якого з точки зору кримінального права є достатньо високою[573].

Д. Балобанова вважає, що включення нових норм у КК породжує чимало проблем узгодження їх з уже чинними кримінально-правовими

[570] Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права. Там само. С. 587.

[571] Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права. Там само. С. 16.

[572] Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права. Там само. С. 225.

[573] Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права. Там само. С. 733–734.

нормами, а також щодо необхідності їх гармонізації з нормами інших нормативно-правових актів. Тут на перший план виступають принципи законодавчої техніки, а саме — дотримання вимог внутрішньої погодженості законодавства, а також цілої низки похідних від нього вимог. Ці вимоги внутрішнього порядку, пов'язані з особливостями законодавчої техніки, які встановлюють певні обмеження у формулюванні протиправності та караності суспільно небезпечних діянь, можна іменувати принципами криміналізації[574]… З викладеного, пише вчена, випливає один із найважливіших принципів криміналізації: принцип відсутності прогалин у законі й ненадмірності заборони, що ставить питання про вплив того чи іншого складу на повноту кримінального закону: чи не створює в ньому новела прогалини або надмірності. Також дослідниця зазначає про «системні принципи криміналізації»: включення до КК ст. 150[1] «Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом» є порушенням системних принципів криміналізації, а саме — неприпустимості законодавчих надмірностей, оскільки відповідні дії вже передбачено в якості кримінально протиправних у ст. 304 «Втягнення неповнолітніх у протиправну діяльність» КК[575]

Загалом, концепція Д. Балобанової в контексті принципів криміналізації є наступною: необхідно розглядати дві групи факторів, що впливають на криміналізацію: 1) підстави кримінально-правової заборони, які слугують об'єктивними передумовами її встановлення; 2) принципи криміналізації, що належать до законодавчої техніки. Уявляється доцільним при розгляді підстав кримінально-правової заборони дотримуватися класифікації, запропонованої О. І. Коробєєвим, як більш повної та детальної, хоча й з внесенням певних доповнень та уточнень. Отже, підстави криміналізації слід поділити на три групи: 1) юридико-кримінологічні, до яких належать: а) суспільна небезпечність діяння; б) типовість і достатня поширеність форм антигромадської поведінки; в) динаміка суспільно небезпечних діянь з урахуванням причин і умов, що їх породжують; г) наявність необхідності впливу кримінально-правовими заходами; д) урахування можливостей системи кримінальної юстиції в протидії тим або іншим формам антигромадської поведінки; 2) соціально-економічні, до яких належать: а) співвідношення позитивних і негативних наслідків криміналізації; б) наявність матеріальних ресурсів для реалізації

[574] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження). Там само. С. 183.

[575] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження). Там само. С. 185–186.

кримінально-правової заборони; 3) соціально-психологічні, до яких належать: а) рівень суспільної правосвідомості та психології; б) історичні традиції. Принципи криміналізації обумовлюються основним правилом законодавчої техніки — внутрішньої погодженості права, яка містить цілу низку похідних від нього вимог. До них належать: 1) злагодженість нормативних актів; 2) несуперечність в системі законодавства; 3) логічний зв'язок між нормативними приписами; 4) відсутність прогалин у змісті закону; 5) виключення непотрібних повторень; 6) неприпустимість законодавчих надмірностей та збереження в чинному законодавстві норм, що фактично втратили своє призначення[576].

Отже, принципи криміналізації дослідниця виводить з необхідності збереження нормативної цілісності законодавства, що, безумовно, абсолютно вірно. Втім, такий підхід залишає поза межами принципів як засадничих положень криміналізації важливі змістовні речі, адже система норм внаслідок криміналізації може і залишитися неушкодженої, проте така криміналізація буде порушувати певні ключові засади функціонування правової системи у демократичному суспільстві.

Класичною вважається класифікація принципів криміналізації на принципи, що відображають соціальну необхідність і політичну доцільність встановлення кримінальної відповідальності, тобто соціальні та соціально-психологічні принципи криміналізації, що забезпечують соціальну адекватність криміналізації, її допустимість з точки зору головних характеристик соціальних систем і процесів суспільного розвитку, відповідності кримінально-правової норми рівню, характеру суспільної свідомості та стану суспільної думки; принципи, що визначаються вимогою внутрішньої логічної несуперечливості системи норм кримінального права, тобто системно-правові принципи криміналізації. Соціальні та соціально-психологічні принципи охоплюють принципи суспільної небезпечності, відносної поширеності діяння, позитивних і негативних наслідків криміналізації, кримінально-політичної адекватності криміналізації. Системно-правові принципи поділяють на загально-правові та кримінально-правові системні принципи.

До загально-правових системних принципів відносять принципи конституційної адекватності, системно-правової несуперечливості, міжнародно-правової необхідності та допустимості, процесуальної здійсненності переслідування. Серед кримінально-правових системних принципів виокремлюють принципи безпрогалинності та ненадмірності

[576] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження). Там само. С. 200–201.

заборони, визначеності та єдності термінології, повноти складу, домірності санкцій та економії репресії. Часто цю систему використовують дослідники криміналізації певних окремих форм суспільно небезпечної поведінки або інститутів загальної частини кримінального права[577].

Одним із прикладів застосування саме системного підходу є, як пише Л. Брич, розмежування складів злочинів, точніше його моделювання, повинно мати місце в ході криміналізації і декриміналізації. Перш за все, законодавець повинен оцінювати, як новела впишеться в систему Особливої частини КК та систему права взагалі. Системний підхід виявляється в тому, щоб попередньо моделювати розмежування новоствореного складу злочину з тими, які уже закріплені в КК[578].

Ю. В. Баулін формує наступну концепцію принципів кримінальної відповідальності, які включають також принципи власне криміналізації. Кримінальна відповідальність — це обмеження прав і свобод кримінального правопорушника, які встановлені законом, покладені на нього судом та здійснені (реалізовані) спеціальними державними органами. Суб'єктом установлення, покладення та здійснення (реалізації) кримінальної відповідальності є держава, репрезентована ВРУ, судами кримінальної юрисдикції та органами й установами виконання кримінальних покарань. Звідси принципи кримінальної відповідальності звернені саме до держави, яка знаходиться у кримінально-правових відносинах з особами, які вчиняють кримінальні правопорушення. Згідно з визначенням кримінальної відповідальності в її трьох аспектах (законодавчому, судовому та виконавчому) доцільно виділяти три групи принципів кримінальної відповідальності, а саме: принципи встановлення, покладення та реалізації кримінальної відповідальності. Принципи встановлення ВРУ кримінальної відповідальності базуються на положеннях п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, в якій передбачено, що виключно законами України визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. Відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК закон про кримінальну відповідальність — це законодавчі акти України, які встановлюють кримінальну відповідальність (КК та Закон про кримінальні проступки). Принципи встановлення ВРУ кримінальної відповідальності

[577] Горностай А. В. Соціальна обумовленість криміналізації замаху на злочин. Кримінально-виконавча система. Вчора. Сьогодні. Завтра. 2017. № 2. С. 56.

[578] Брич Л. П. Розмежування складів злочинів, кримінально-правова кваліфікація, інші, повязані з ними явища: співвідношення понять. Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен української кримінально-правової доктрини : тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції, 16 січня 2016 р., м. Львів. Київ : Вид. дім «АртЕк», 2016. С. 37

можуть бути поділені на дві групи: 1) принципи криміналізації суспільно небезпечних діянь; 2) принципи пеналізації та диференціації кримінальної відповідальності.

Принципи криміналізації суспільно небезпечних діянь — це вихідні положення, якими повинна керуватися ВРУ, встановлюючи підставу кримінальної відповідальності, а саме вчинення суспільно-небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення. Таке правопорушення має два різновиди: злочин та кримінальний проступок. Вочевидь, можна виділяти як загальні принципи криміналізації, так й окремі принципи криміналізації злочинів і кримінальних проступків. Систему принципів криміналізації суспільно небезпечних діянь, поряд з іншим, утворюють: 1) соціальні і соціально-психологічні принципи криміналізації, а саме принцип суспільної небезпечності, який встановлює, що доцільною є криміналізація лише того діяння, суспільна небезпечність якого (з позиції кримінального права) досить висока; 2) принципи, що виражають суспільну необхідність і політичну доцільність установлення кримінальної відповідальності. До них можна віднести принципи, що забезпечують соціальну адекватність криміналізації, її допустимість з точки зору основних характеристик соціальних систем і процесів суспільного розвитку, відповідності кримінально-правової норми рівню, характеру суспільної свідомості та стану суспільної думки тощо; 3) принципи, зумовлені вимогою внутрішньої логічної несуперечності системи норм кримінального права, або несуперечності норм матеріально-процесуального права, або норм кримінального та інших галузей права (конституційного, цивільного, господарського, трудового тощо).

Спеціальними принципами криміналізації є вихідні положення, що стосуються визначення елементів складу злочину, зокрема, його суб'єкта (фізична та юридична особа) та його вини, кваліфікуючих та привілейованих складів злочинів, а також вихідні положення, що стосуються встановлення в законі елементів складу кримінального проступку та його кваліфікуючих і пом'якшуючих ознак[579].

Ця детальна концепція, на наш погляд, описує не принципи, а правила криміналізації, оскільки містить важливі, проте доволі точкові вимоги до законодавця.

---

[579] Баулін Ю. В. Принципи відповідальності за сучасним кримінальним правом України (методологічний підхід до визначення). *Актуальні проблеми кримінальної відповідальності* : мат-ли міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовт. 2013 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2013. С. 24–25

При цьому Є. Вечерова застерігає: базові принципи криміналізації діянь на національному рівні (наприклад, їх масовість) не повинні підмінятися «квазіпринципами» на кшталт необхідності виконання взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань, що часто, на жаль, можна спостерігати на практиці…. Втручання міжнародного права в національне кримінальне право не повинно входити в суперечність із базовими принципами криміналізації діянь, у протилежному випадку буде мати місце безпідставна криміналізація, колізії та криміногенність самого кримінального закону. Характер такого впливу має диференціюватися залежно від того, в якій сфері вчиняється злочин. Максимальний ступінь впливу міжнародного права на процеси криміналізації на національному рівні доцільний щодо злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, дещо помірніший — щодо транснаціональних злочинів, мінімальний — відносно загальнокримінальних злочинів[580].

Певні засадничі положення для криміналізації містяться і у концепції доцільності у кримінальному праві, яку розробляв П. Фріс. На його думку, доцільність у кримінальному праві слід розглядати: а) з точки зору законотворення; б) з точки зору правозастосування. Розглядаючи питання доцільності з точки зору законотворення, у першу чергу, необхідно зупинитися на проблемі обсягів криміналізації, тобто доцільності прийняття під кримінально-правову охорону тих чи інших об'єктів (криміналізації відповідних видів соціально шкідливої поведінки, які спричиняють або можуть спричинити їм шкоду). Доцільність у цьому аспекті визначається низкою критеріїв: політико-ідеологічним (форми та рівні відповідності або невідповідності політико-ідеологічних цілей, що висуває соціальна група, яка перебуває при владі, цілям, що визначаються більшістю громадян країни, правовим і моральним нормам, здоровому глузду). При цьому слід підкреслити, що саме цей критерій часто деформує демократичний характер кримінального закону (який повинен бути йому притаманним), дозволяє використовувати його на користь антидемократичних сил. Доказів такого використання КК як в історії людської цивілізації, так і в історії нашої країни, безліч. Достатньо згадати лише кримінальне право часів сталінської диктатури. У демократичній країні політико-ідеологічний критерій доцільності

[580] Вечерова Є. М. Міжнародне право як фактор впливу на процеси криміналізації діянь на національному рівні. *Актуальні проблеми кримінальної відповідальності* : матли міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовт. 2013 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2013. С. 645–648.

кримінального закону має розумітися як відповідність обсягів криміналізації та пеналізації соціальношкідливих діянь цілі максимальної охорони найважливіших суспільних відносин, благ та інтересів, що визначаються суспільством у цілому; економічним (досягнення максимального результату при застосуванні мінімальних затрат, засобів та часу). Дуже часто при встановленні кримінальної відповідальності цей критерій не враховується, внаслідок чого затрати на кримінальне переслідування (розслідування, судовий розгляд справи, витрати на реалізацію призначеного покарання та ін.) перевищують (іноді в багато разів) шкоду, що заподіяна діянням. Це робить криміналізацію недоцільною; техніко-юридичним (необхідність здійснення охорони саме засобами кримінального закону, а не нормами інших галузей права). На сьогодні це питання стоїть надзвичайно гостро у зв'язку із розробкою законодавства про кримінальні проступки. Висловлені думки із цього приводу щодо недоцільності перенесення у КК України норм Кодексу України про адміністративні правопорушення, що передбачають відповідальність за делікти, які мають судову юрисдикцію, є яскравим підтвердженням порушення прихильниками цього підходу критерію доцільності. Наявний стан кримінально-правового забезпечення охорони (обсяг криміналізації), що здійснюється нормами КК, наочно свідчить про її невідповідність визначеним критеріям. Законодавець здійснює криміналізацію діянь без урахування критеріїв доцільності, прагнучи охопити заборонами і кримінальною відповідальністю максимальне коло видів поведінки. Відомості про здійснені зміни до КК за роки його існування наочно це підтверджують. Спроби виправдання криміналізації доцільністю посилення охорони, посилення відповідальності (без урахування її об'єктивних критеріїв) можуть призвести до встановлення поліцейського режиму, а не розвитку демократії[581].

В. В Кузнєцов положення аналогічного спрямування називає «підставами для нормотворчості»: дії законодавця щодо криміналізації (декриміналізації) певних діянь традиційно реалізуються в Україні в межах кримінально-правової політики держави. За підсумками аналізу існуючої законодавчої практики вдосконалення вітчизняного кримінального законодавства 2001 р. визначено такі підстави для нормотворчості в сфері кримінального права: 1) міжнародно-правові; 2) конституцій-

[581] Фріс П. Л. Доцільність у кримінальному праві. *Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування* : мат-ли міжнар. наук.-практ. конф., 12–13 жовт. 2016 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов.ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2016. С .89–90.

но-правові; 3) судові; 4) економічні; 5) політичні; 6) кримінологічні; 7) соціально-правові; 8) нормативні[582].

В одному з досліджень пропонується розглянути норми, що встановлюють відповідальність за ці діяння, на предмет відповідності принципам криміналізації (або принципам, що обумовлюють встановлення і збереження кримінальної відповідальності), передусім такому принципу як суспільна небезпека[583].

Тут (оскільки автор ототожнює принципи криміналізації та принципи встановлення і збереження кримінальної відповідальності) варто згадати позицію О. Пащенка: теорія криміналізації займається пошуками відповідей на запитання на кшталт: що змусило законодавця визнати те чи інше діяння злочином? чому таке рішення було прийнято в конкретний момент часу? А для констатації соціальної обумовленості закону ці запитання відходять на другий план. Тому кількість обставин, що визначають соціальну обумовленість закону й обґрунтованість криміналізації діянь, буде різною. Ведучи мову про криміналізацію, вважаємо за потрібне підтримати правознавців, які наголошують на необхідності окремого виділення й подальшого дослідження принципів і підстав криміналізації, а також криміналізаційних приводів. Для визначення ж соціальної обумовленості норми така класифікація не підходить[584].

П. Фріс, серед іншого, закликає законодавця враховувати, наскільки справедливою виглядатиме кримінально-правова заборона в очах громадської думки, чи буде вона сприйнята як така буденною правосвідомістю. Наприклад, пише вчений, при всьому різко негативному відношенні в суспільстві до суїциду, встановлення кримінальної відповідальності за самогубство для осіб, чия спроба до нього виявилася невдалою, було б явним порушенням принципу справедливості[585].

---

[582] Кузнєцов В. В. Принципи кримінально-правової охорони. Право України. 2017. № 2. С. 128.

[583] Палюх Л. М. Питання соціальної обумовленості норм про відповідальність за умисне знищення або пошкодження майна судді, присяжного, захисника, представника особи. *Кримінально-правове забезпечення боротьби з організованою злочинністю як міжнародне зобов'язання України. Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності* : матли міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 18–19 жовт. 2018 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2018. С. 328.

[584] Пащенко О. О. Криміналізація та соціальна обумовленість. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2017. № 1. С. 59

[585] Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики : монограф. Івано-Франківськ : Супрун В. П. 2021. С. 228.

Е. Ешворт цитує Лорда Вільямса, який у відповідь на запитання під час парламентських дебатів щодо підстав криміналізації зазначив, що злочин має бути запроваджений якщо це абсолютно необхідно і якщо такі фактори взято до уваги: 1) чи поведінка, яка розглядається, є дійсно серйозною для виправдання втручання кримінального права; 2) чи відповідна небезпечна дія може отримати реакцію через чинне законодавство чи за допомогою інших засобів; 3) чи запропонований злочин (мається на увазі протидія йому — В.Г.) може бути застосовано на практиці; 4) чи запропонований злочин чітко виписаний та має юридичний зміст; 5) чи запропонована санкція співмірна тяжкості правопорушення; 5) чи є послідовність серед системи призначення покарань[586].

У питанні принципів криміналізації, під якими він розуміє науково-обґрунтовані спеціальні правила і критерії побудови кримінально-правової заборони, А. Орлеан поділяє їх на три групи: юридично-кримінологічні (можливість впливу на суспільно небезпечні діяння за допомогою кримінально-правових заходів; процесуальна здійсненність переслідування; домірність санкції та економії репресії), соціально-економічні (перевага позитивних наслідків криміналізації діяння над негативними; наявність матеріальних ресурсів для реалізації кримінально-правової заборони), соціально-психологічні (принцип достатнього рівня суспільної правосвідомості й психології; принцип наявності історичних традицій)[587].

М. В. Карчевський, аналізуючи криміналізацію посягань на інформаційну безпеку, виокремлює: а) принципи, які виражають суспільну необхідність і політичну доцільність установлення кримінальної відповідальності, або соціальні і соціально-психологічні, тобто принципи, що забезпечують соціальну адекватність криміналізації, її припустимість з точки зору основних характеристик соціальних систем і процесів суспільного розвитку, відповідності кримінально-правової норми рівневі, характеру суспільної свідомості та стану громадської думки; це принцип суспільної небезпечності; принцип відносної поширеності діяння; принцип співрозмірності позитивних та негативних наслідків криміналізації; принцип кримінально-політичної адекватності

586

[586] Ashworth, A. (2013). Is the Criminal Law a Lost Cause?. In Positive Obligations in Criminal Law (pp. 1–30). London : Hart Publishing. Retrieved October 15, 2021. URL: http://dx.doi.org/10.5040/9781472561442.ch-001

[587] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 198.

криміналізації; б) принципи, що визначаються вимогою внутрішньої логічної несуперечливості системи норм кримінального права або несуперечливості норм матеріально-процесуального права чи норм кримінального та інших галузей права (конституційного, цивільного, інформаційного, та ін.), тобто системно-правові принципи криміналізації, які поділяються на загально-правові (принцип конституційної адекватності; принцип системно-правової несуперечливості криміналізації конкретного діяння; принцип міжнародно-правової необхідності та допустимості криміналізації; принцип процесуальної здійсненності переслідування) та кримінально-правові (принцип відсутності прогалин та ненадлишковості заборони; принцип визначеності та єдності термінології; принцип повноти складу; принцип співрозмірності санкції та економії репресії)[588].

О. О. Дудоров, М. І Омельяненко та В. П. Сабадаш беруть за основу концепцію М. І. Хавронюка[589] та аналізують криміналізацію незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації на відповідність таким умовам криміналізації: 1) соціально-психологічного характеру (діяння може бути криміналізоване, якщо це обумовлено його явною або відносною аморальністю чи правосвідомістю населення, представників законодавчого і правозастосовних органів); 2) кримінологічного характеру (діяння може бути криміналізоване лише у разі, якщо боротьба з ним кримінально-правовими засобами може стати ефективною, і прогнозовані побічні соціальні наслідки криміналізації не є негативними); 3) загально-правового характеру (відповідність нової кримінально-правової заборони Конституції України, міжнародним договорам, ратифікованим ВРУ, КУпАП України та іншим законам України); 4) кримінально-правового характеру (не підлягає криміналізації діяння: а) яке не відповідає визначеним у кримінальному законі ознакам злочину, зокрема, не є власне діянням, не може бути винним і вчинюватися суб'єктом злочину; б) яке вже визнане злочином; в) криміналізація якого спричинить небажану конкуренцію норм КК або іншим чином може суттєво ускладнити процес кваліфікації злочинів та сприяти помилкам у кваліфікації); 5) кримінально-процесуального характеру (можливість доказування факту вчинення цього діяння кримінально-процесуальними засобами);

[588] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 75–86.

[589] Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. Київ : Істина. 2004. С. 8–9.

б) техніко-юридичного характеру (діяння слід криміналізувати, дотримуючись певних термінологічних вимог, вимог логіки тощо)[590].

У випадку з нормами, спрямованими на охорону людини від експлуатації, А. Орлеан проблем із дотриманням цього принципу не бачить, адже необхідність вільного існування та розвитку людини, її свобода від будь-якої експлуатації сприймається та підтримується сучасним суспільством. Навіть відносно нові різновиди біологічної експлуатації одностайно сприймаються як суспільно небезпечні й не викликають сумніву в необхідності протидіяти ним кримінально-правовими засобами[591]

У свою чергу, аморальність незаконних дій із арештованим, описаним чи заставленим майном визначається тим, що особи, які їх вчиняють, чітко усвідомлюють, що своїми діями спричиняють істотну шкоду авторитету органів державної влади, наділених повноваженнями щодо накладення арешту на майно, його опису та встановлення обмеження права користуватися таким майном, а також встановленому порядку виконання рішень судів у частині конфіскації майна та праву власності держави на це майно. Попри те, що в процесі опису, арешту або конфіскації такого майна цих осіб було попереджено про кримінальну відповідальність за незаконні дії із ним, вони все ж вчиняють такі дії У цьому випадку винні особи нехтують думкою суспільства, зневажають волю законодавця і свідомо порушують нормальний процес виконання компетентними органами своїх функцій. Сказати аналогічне про незаконні дії із заставленим майном навряд чи можна. Звичайно порушення володільцем предмета застави покладених на нього обов'язків щодо збереження заставленого майна характеризується певною аморальністю, однак її рівень настільки низький, що говорити про неї як про умови криміналізації діяння не доводиться[592].

Варто зауважити, що такого роду висновки можуть бути зроблені після докладних досліджень, які здебільшого не проводяться і наявність/відсутність зазначеної умови (принципу) криміналізації характеризується певним ступенем довільності. Адже, і у випадку порушення заборон, встановлених КУпАП, особи, які їх вчиняють, чітко

[590] Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації. Там само. С. 117

[591] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 208–209.

[592] Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації. Там само. С. 117–118.

усвідомлюють, що своїми діями спричиняють істотну шкоду авторитету органів державної влади, наділених повноваженнями щодо …, а також встановленому порядку ….

При всій важливості тези про доцільність збереження відповідності права нормам моралі, надання їй інструментального характеру принципу криміналізації вимагає розробки ретельної методології доведення відповідних обставин, яка станом на зараз у завершеному вигляді відсутня.

Характеризуючи **принцип відносної поширеності** діяння, М. Карчевський зазначає, що цей критерій установлює і певну кількісну межу для однорідних суспільно небезпечних актів поведінки, що визначає можливість їх криміналізації[593], тобто криміналізація поширених вчинків не є доцільною, а відносна поширеність діяння як принцип криміналізації полягає в тому, що криміналізація буде обґрунтованою тільки в тих випадках, коли такі діяння не являють типового явища в житті суспільства. Схожі думки висловлюються і іншими вченими: як правило, пише М. І. Хавронюк, не криміналізується діяння, яке не і поширеним, або, навпаки, поширеним настільки, що боротьба з ним кримінально-правовими засобами буде вкрай неефективною[594]. Тут, на наш погляд, мова йде про втрату діянням змістовних характеристик діяння, які визначають наявність підстави криміналізації. Адже, якщо мова йде про поведінку, яка поширена до такої міри, що її криміналізація призведе до безкарності тих, хто вчиняє відповідний «новий» злочин з огляду на значну кількість таких фактів і неспроможність системи кримінальної юстиції «опрацювати» їх, то варто ставити питання про те, чи є таке діяння суспільно небезпечним. Адже значна кількість крадіжок на певній території не може слугувати підставою для декриміналізації заволодіння чужим майном, в той час, як, наприклад, в разі абсолютного поширення вживання уявного легкого наркотичного засобу широкими верствами суспільства можливо варто проаналізувати, чи не втратило це діяння ознаки шкідливості в очах суспільства і чи не варто декриміналізувати (або відмовитися від криміналізації) таке діяння.

Стосовно ***принципу відносної поширеності діяння*** вчені висловлюють певні застереження. Зокрема, вважається, що діяння, яке є суспільно небезпечним і володіє всіма характеристиками, наявність яких свідчить про існування підстави криміналізації, має бути криміналізованим

[593] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 78.

[594] Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. Там само. С. 7.

незалежно від кількості таких випадків[595]. Аналізуючи дотримання принципів криміналізації фінансування сепаратизму, О. Попович зазначає: суть принципу відносної поширеності діяння полягає в тому, що кримінальне право регулює форму реакції суспільства і держави на такі суспільно небезпечні вчинки індивідів, які, принаймні, є реально можливими, тобто являють собою прояви деяких загальних тенденцій і закономірностей. Зростання рівня загроз вчинення даного злочину зумовлене наявністю збройного конфлікту на території України та проведенням антитерористичної операції на території Луганської та Донецької областей. Так, протягом 9 місяців 2017 р. Державною службою фінансового моніторингу України як підрозділом фінансової розвідки України направлено до правоохоронних органів 46 матеріалів (з них 27 узагальнених матеріалів та 19 додаткових узагальнених матеріалів) стосовно фінансових операцій осіб, які за інформацією правоохоронних органів можуть бути пов'язані з фінансуванням тероризму (сепаратизму) та/або проведених за участю осіб, які публічно закликають до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або зміни меж території або державного кордону України. У вказаних матеріалах сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з легалізацією коштів та зі скоєнням іншого злочину, визначеного КК, становить 766,85 млн. гривень. За весь період проведення розслідувань (березень 2014 — вересень 2017 рр.) Державною службою фінансового моніторингу України стосовно фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з фінансуванням тероризму (сепаратизму), підготовлено та направлено до правоохоронних органів України 198 матеріалів (141 узагальнений матеріал та 57 додаткових узагальнених матеріалів). Зазначені статистичні показники свідчать про зростання зазначеного виду злочинів у загальній структурі злочинності.[596]

Виокремлюється і принцип можливості впливу на суспільно небезпечні діяння за допомогою кримінально-правових заходів (Варіант формулювання: діяння може бути криміналізоване лише у разі, якщо боротьба з ним кримінально-правовими засобами може стати ефективною) визначається як вимога оцінки потенційної спроможності конкретної кримінально-правової заборони бути

[595] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 78.

[596] Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110[2] КК України). *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 4. С. 210–211.

використаною для охорони людини від конкретних посягань[597]. На прикладі протидії торгівлі людьми, А Орлеан стверджує, що навіть за наявності низки норм іншої галузевої належності (трудове право, право охорони дитинства тощо), без підкріплення цих нормативних приписів кримінально-правовими санкціями за їх недотримання розраховувати на належну їх ефективність не доводиться. Адже цивільно-правові та адміністративні санкції не здатні втримати осіб, що прагнуть до отримання надприбутків від такої незаконної діяльності. При цьому, на думку дослідника, принципових перепон щодо перешкоджали можливості впливу на біологічну, сексуальну та трудову експлуатацію за допомогою кримінально-правових заходів, не існує[598]. Тут варто зауважити, що доволі складно визначити чіткі критерії для висновку про (не)можливість кримінально-правової норми вплинути на суспільні відносини. Такі висновки залишаються заснованими на власній оцінці дослідником потенціалу кримінального права у тій чи іншій сфері з огляду на його (її) власне бачення відповідних взаємозв'язків.

Принцип наявності історичних традицій, на думку А. Орлеана, полягає в тому, що найважливішим орієнтиром криміналізації залишаються історичні традиції, а надто різкі повороти в оцінці того чи іншого діяння, як правило, не відбуваються в суспільстві, отже і писане право повинно скоріше еволюціонувати, ніж породжувати революційні перевороти[599]. О. О. Дудоров, М. І. Омельяненко, В.П. Сабадаш зазначають, що необхідність боротьби із незаконними діями щодо арештованого, описаного чи заставленого майна саме кримінальним законом була доведена багаторічним існуванням заборони таких дій приписами кримінального законодавства, яке діяло та дії на території України, починаючи з XVII століття[600].

У свою чергу, О. Марін та Д. Азаров оцінюють факт «історичності» заборони як негативний фактор вже неактуальної криміналізації: «Незважаючи на наявні у доктрині погляди, ми не знайшли належного кримінологічного обґрунтування, що опирається на достатні емпіричні дані, яке би доводило доцільність існування окремої кримінально-правової норми

---

[597] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 199.

[598] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 200.

[599] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 209.

[600] Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації. Там само. С. 119.

про відповідальність за бандитизм. Враховуючи історичний контекст виникнення цієї норми, вважаємо за доцільне виключити її з кримінального законодавства. Це підтверджує й аналіз зарубіжного досвіду, який у підсумку показує, що кримінальна відповідальність за бандитизм та інші організовані форми співучасті із включенням до відповідних складів форм поведінки, що виявляється у вчиненні інших злочинів (у нашому випадку нападів) — спадок совітського кримінального законодавства[601].

Аналізуючи **принцип міжнародно-правової необхідності та допустимості криміналізації** в аспекті посягань на інформаційну безпеку, М. Карчевський дійшов висновку, що (на момент проведення аналізу) 1) у цілому національне законодавство відповідає ратифікованим міжнародним нормативно-правовим актам, а виняток становить лише некриміналізований чинним законодавством незаконний доступ; 2) має місце надлишкова ратифікація, яка зобовязує на рівні національного законодавства визнавати злочинами діяння, які не характеризуються суспільною небезпечністю; 3) подальша робота щодо вдосконалення чинного законодавства потребує внесення нових застережень до Закону «Про ратифікацію Конвенції про кіберзлочинність»[602].

Отже, можна виділити принципи, які (незалежно від їх групування за різними критеріями) є спільними у переважній більшості сформованих дослідниками системах, і які формулюються лише в окремих дослідженнях.

Спільними для переважної більшості наведених вище концепцій є такі принципи криміналізації:

– принцип суспільної небезпечності
– принцип відносної поширеності діяння
– принцип процесуальної здійсненності переслідування
– принцип домірності санкції та економії репресії
– принцип переваги позитивних наслідків криміналізації діяння над негативними.

Принципи, які виділяються не всіма дослідниками, наступні:

принцип можливості впливу на суспільно небезпечні діяння за допомогою кримінально-правових заходів (діяння може бути криміна-

601

[601] Азаров Д. С., Марін О. К. Як кваліфікувати бандитизм: чи народжується істина у полеміці? Вісник Асоціації кримінального права України. 2024. № 22. С. 303–304. URL: http://vakp.nlu.edu.ua/article/view/313967

[602] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 266.

лізоване лише у разі, якщо боротьба з ним кримінально-правовими засобами може стати ефективною)

– принцип наявності матеріальних ресурсів для реалізації кримінально-правової заборони

– принцип наявності історичних традицій

– принципи системно-правової несуперечливості (принцип конституційної адекватності; принцип системно-правової несуперечливості криміналізації конкретного діяння; принцип міжнародно-правової необхідності та допустимості криміналізації; принцип відсутності прогалин та ненадлишковості заборони; принцип визначеності та єдності термінології; принцип повноти складу; не підлягає криміналізації діяння: а) яке не відповідає визначеним у кримінальному законі ознакам злочину, зокрема, не є власне діянням, не може бути винним і вчинюватися суб'єктом злочину; б) яке вже визнане злочином; в) криміналізація якого спричинить небажану конкуренцію норм КК або іншим чином може суттєво ускладнити процес кваліфікації злочинів та сприяти помилкам у кваліфікації)

– принцип кримінально-політичної адекватності криміналізації;

– принцип своєчасності криміналізації

– принцип доцільності криміналізації

– принцип достатнього рівня суспільної правосвідомості й психології (діяння може бути криміналізоване, якщо це обумовлено його явною або відносною аморальністю чи правосвідомістю населення, представників законодавчого і правозастосовних органів).

Відразу зауважимо, що серед наведених принципів частина положень в нашій концепції охоплюється змістом криміналізаційної ситуації як підстави криміналізації, зокрема це стосується принципу суспільної небезпечності та поширеності діяння, принципу можливості впливу на суспільно небезпечні діяння за допомогою кримінально-правових заходів (діяння може бути криміналізоване лише у разі, якщо боротьба з ним кримінально-правовими засобами може стати ефективною), принципів кримінальної політичної адекватності, доцільності криміналізації, достатнього рівня суспільної правосвідомості й психології, принципу своєчасності криміналізації, принципу переваги позитивних наслідків криміналізації діяння над негативними. **Всі ці положення мають впливати на визначення факту існування криміналізаційної ситуації.**

Тому в межах аналізу принципів криміналізації, саме як засадничих положень криміналізації як різновиду правотворчості розглянемо:

– принцип процесуальної здійсненності переслідування

– принцип домірності санкції та економії репресії

– принцип наявності матеріальних ресурсів для реалізації кримінально-правової заборони

– принципи системно-правової несуперечливості (принцип конституційної адекватності; принцип системно-правової несуперечливості криміналізації конкретного діяння; принцип міжнародно-правової необхідності та допустимості криміналізації; принцип відсутності прогалин та ненадлишковості заборони; принцип визначеності та єдності термінології; принцип повноти складу; не підлягає криміналізації діяння: а) яке не відповідає визначеним у кримінальному законі ознакам злочину, зокрема, не є власне діянням, не може бути винним і вчинюватися суб'єктом злочину; б) яке вже визнане злочином; в) криміналізація якого спричинить небажану конкуренцію норм КК або іншим чином може суттєво ускладнити процес кваліфікації злочинів та сприяти помилкам у кваліфікації).

Принцип процесуальної здійсненності переслідування є, на думку дослідників, гарантією проти створення кримінально-правових заборон декларативного характеру[603] або так званих, «мертвих норм»[604]. Н. Гуторова формулює цей принцип таким чином: «кримінальний закон, що встановлює відповідальність за певний вид діяння, може бути практично функціональним і достатньо ефективним лише в тому випадку, коли усі передбачені нормою ознаки можуть бути нормально доведені»[605]. Так, проблеми в доказуванні посягань у сфері торгівлі людьми, можуть бути пов'язані із: необхідністю виконання окремих процесуальних дій поза межами юрисдикції вітчизняних правоохоронних органів; складністю захисту потерпілих та свідків від впливу осіб, зацікавлених у недоведенні кримінального провадження до логічного завершення; відсутністю єдиної доктринальної та практичної позиції до тлумачення змісту тих чи інших ознак злочину, кругова порука лікарів (стосовно злочинів, пов'язаних із біологічною експлуатацією людини) тощо[606]. На нашу думку, всі справедливо наведені вче-

[603] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 83.

[604] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 201.

[605] Гуторова Н. О. Проблеми кримінально-правової охорони державних фінансів України. Дис. … док. юрид. наук : спец. 12.00.08. Харків, 2001. С. 71

[606] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 201.

ним обставини, хоча й становлять певний виклик для кримінально-процесуальної діяльності щодо розкриття та доведення до суду відповідних злочинів, тим не менше, не свідчать саме про неможливість доказування, про що говорить і сам А. Орлеан: «розглядувані норми переважно реально працюють та не можуть бути віднесеними до «мертвих», тому в цілому для системи кримінально-правових норм, що охороняють людину від експлуатації, суттєвих перешкод із дотриманням такого принципу криміналізації, як процесуальна здійсненність переслідування, не виникає»[607].

Можливість доказування факту вчинення діяння доводиться дослідниками через вивчення кримінальних проваджень та висновок про те, що це, наприклад, «не викликає суттєвих проблем у практиці застосування відповідних положень кримінального закону»[608].

Неодмінно в зазначеному контексті виникає питання про допустимі та достатні засоби розслідування зазначеного злочину. Наразі ж маємо констатувати, що із цим імперативом застосування кримінального закону існують чималі труднощі, що пов'язані з недосконалістю конструкції ст. 110^2 КК України, і як наслідок, мінімальну ефективність даної кримінально-правової норми[609]

Принцип домірності санкції та економії репресії «покликаний забезпечити справедливість покарання», хоча «на практиці такий процес (встановлення санкцій, адекватних суспільній небезпечності — В. Г.) має дещо інтуїтивний характер»[610]. Принцип співрозмірності санкції та економії репресії в літературі характеризується або як вимога формулювати склад злочину таким чином, щоби до кола таких діянь не потрапляли діяння, які очевидно не є суспільно небезпечними[611].

Кримінально-правова санкція являє собою унікальний феномен, який фактично забезпечує як функціонування правової системи в цілому, так і виконання соціального призначення кримінального права.

---

[607] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 202.

[608] Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації. Там само. С. 123.

[609] Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110^2 КК України). Там само. С. 212

[610] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 202.

[611] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 85.

Конструювання кримінально-правових санкцій є одним із найважливіших теоретичних та прикладних питань кримінального права, а домірність санкції тяжкості кримінально-караного діяння є одним із аспектів справедливості кримінального права. У зв'язку з тим, що в ст. 110^2 КК встановлена кримінальна відповідальність за два самостійні склади злочину, які по відношенню до складів злочинів, що передбачені статтями 109 та 110 КК, є спеціальними, для визначення домірності санкції необхідно здійснити порівняльний аналіз санкції ч. 1 ст. 110^2 КК із санкцією ч. 1 ст. 109 КК, а санкції ч. 2 ст. 110^2 КК — із санкцією ч. 1 ст. 110 КК. З огляду на санкції ч. 1 ст. 109 та ч. 1 ст. 110^2 КК, можемо констатувати посилення покарання за Фінансування дій порівняно з основним складом злочину шляхом передбачення додаткового обов'язкового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та конфіскації майна. Разом із тим доцільність такого посилення викликає сумніви, оскільки тяжкість зазначеного злочинного діяння та можливість його вчинення за відсутності корисливого мотиву виключає необхідність застосування конфіскації майна як виду покарання згідно з положеннями ст. 59 Загальної частини КК. Порівнюючи санкції ч. 1 ст. 110 і ч. 2 ст. 110^2 КК, можемо також відзначити порушення принципу домірності санкцій, адже спеціальний склад злочину встановлює більший строк основного покарання — позбавлення волі на строк від п'яти до семи років. Крім того, санкція ч. 2 ст. 110^2 КК передбачає додаткове обов'язкове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та конфіскації майна[612]. О. Пащенко з цього приводу зазначає: науковці ведуть мову про одне й те саме, називаючи по різному одну й ту саму обставину соціальної обумовленості: принцип «останнього аргументу», «економії репресії», «недостатності інших засобів охорони». Проте варто зазначити, що деякі дослідники підходять до визначення розглядуваної обставини соціальної обумовленості з більш широких позицій, іменуючи її «принцип домірності санкцій та економії репресії»[613].

В певному сенсі домірність криміналізації можна розглядати і як принцип переваги позитивних наслідків криміналізації діяння над негативними. Баланс наслідків криміналізації теж є важливим критерієм, проте в літературі простежується різниця у розумінні змісту

[612] Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110^2 КК України). Там само. С. 213.

[613] Пащенко О. Неможливість боротьби з діянням за допомогою інших (не кримінально-правових) засобів. *Jurnalul juridic national: Teorie si practica*. 2015. № 6. С. 192–197.

такого балансу. Так, М. Карчевський шукає баланс між позитивними та негативним наслідками криміналізації. Серед останніх вчений називає загальновизнаними наступні: негативне формування особистості тих, до кого застосовано кримінальне покарання, деформація міжособистісних відносин, порушення функціонування економіки та інших сфер суспільного життя тощо. Але головним негативним наслідком є поява таких видів соціальної активності, які суперечать суспільним потребам[614].

Криміналізація будь-якого суспільно небезпечного діяння супроводжується негативними соціальними наслідками, а тому повинна являти собою крайній захід, найсуворіший спосіб охорони тих чи інших відносин, які існують у суспільстві. У зв'язку із цим криміналізація діяння є виправданою лише у разі її соціальної необхідності та якщо позитивний соціальний ефект застосування кримінально-правової норми є більш значним, аніж негативні соціальні наслідки криміналізації. До останніх належать: криміналізація індивідуальної свідомості засуджених, зниження здобутого до засудження рівня професійної кваліфікації, деформація міжособистісних зв'язків, порушення функціонування економіки та інших сфер громадського життя через виключення значного числа громадян із різних сфер життєдіяльності тощо. На нашу думку, криміналізація Фінансування дій являє собою законодавчу спробу припинити потік фінансової та матеріальної допомоги, яка надається сепаратизму, а тому позитивний соціальний ефект такої криміналізації зумовлений цінністю тих відносин, які поставлені під охорону нормою ст. 110^2 КК. Значущість захисту конституційних основ державної влади, конституційних основ державного формування та існування основних засад конституційного ладу України, забезпечення територіальної цілісності і недоторканості території України в межах існуючих кордонів важко переоцінити в умовах становлення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної і правової держави, а отже, можемо констатувати відповідність криміналізації зазначеного діяння принципу домірності позитивних і негативних наслідків криміналізації[615].

З цього слідують таки висновки: по-перше, без врахування змісту кримінально-правових наслідків, покарання, інші заходи кримінально-правового характеру, надзвичайно складно, якщо не неможливо визначити такий баланс. По-друге, навіть за умови, коли розглядається

[614] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 79.

[615] Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110^2 КК України). Там само. С. 211.

проєкт норми із пропозиціями щодо видів та розмірів покарання, методика оцінювання співвідношення між позитивом у вигляді поставлення певного об'єкту під кримінально-правову охорону і негативом від застосування такого покарання відсутня. По-третє, на нашу думку, в результаті криміналізації соціальна активність, яка суперечить суспільним потребам не з'являється, вона лише отримує офіційну оцінку, статус протиправної поведінки, проте така активність існувала і до цього моменту, і саме така її характеристика як складова підстави криміналізації призвела до надання їй статусу злочину. Втім М. Карчевський вважає, що порушення принципу співрозмірності позитивних і негативних наслідків криміналізації небезпечне тим, що може «викликати до життя» нові соціально небезпечні форми поведінки. Як приклад можливих небажаних наслідків криміналізації наводиться унеможливлення для певної частини суспільства реалізації інформаційних потреб через незбалансований підхід до кримінально-правового забезпечення доступу до інформації, або неможливість реалізації інформаційної потреби через надлишкові кримінально-правові гарантії доступу до інформації.[616] Він же наводить в іншому дослідження такий приклад: суспільно-політичному дискурсі, в науці небезпеки інформаційних впливів та зловживань обговорюються достатньо широко. Багатомірність та масштабність шкоди від неконтрольованого інформаційного простору не викликає сумнівів. Разом з цим розв'язання означених проблем шляхом доповнення КК новими нормами може представляти собою черговий приклад, коли кримінальний закон «не встигає» за фактичним розвитком соціальних практик. Такі пропозиції є спірними через прогнозовану неефективність і декларативність, їх невідповідність принципам кримінально-політичної адекватності, а також співрозмірності позитивних і неґативних наслідків криміналізації"[617].

А. Орлеан зазначає, що в соціально-економічному вимірі криміналізація діяння поряд із соціально-корисним результатом завжди матиме і негативні наслідки. Йдеться про втрату соціальних зав'язків засуджених з іншими членами суспільства, руйнування їх сімей, проблеми з їх подальшою ресоціалізацією та працевлаштуванням, відрив суттєвих матеріальних ресурсів від нагальних потреб держави для діяль-

[616] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 80.

[617] Карчевський М. В. Розвиток кримінального права в контексті тенденцій інформатизації. *Теоретичні та практичні проблеми розвитку кримінального права і процесу* : мат-ли XII Всеукр. Наук.-практ. семінару (м. Івано-Франківськ, 8 груд. 2023 р.). Ів.-Франківськ : РВВ Ун-ту Короля Данила, 2023. С. 58.

ності з притягнення винних до відповідальності та відбуття ними покарання[618].

Інші дослідники також зазначають, що по суті цей принцип несе в собі ідею *ultima ratio* та передбачає, що криміналізація поведінки має відбутися лише тоді, коли бракує інших (окрім кримінального закону) правових важелів впливу на неї[619].

Підняті питання становлять цілий пласт проблем, так звану економіку кримінальної юстиції. Базовий постулат економіки права полягає в тому, що обмежений ресурс необхідно витрачати раціонально. Власне в цьому і відповідь на питання ефективності роботи корпорації/органу влади/іншої установи. Навіть за умови збитковості інституції загалом, бо вона виконує соціально важливу функцію, як-от забезпечення правопорядку, ті бюджети, що на неї виділяються, мають витрачатись ефективно. Питання не в абсолютних цифрах, а якраз у відносних: наскільки раціонально витрачається обмежений ресурс (видатки), настільки установа і працює ефективно. Має бути кореляція між видатками ресурсу та надходженнями ресурсу (бюджетного насамперед), і що ці цифри більші на користь першого — тим краще[620].

Тут треба розрізняти, що вартість кримінального переслідування можна враховувати як на стадії криміналізації (відмовляючись, наприклад, від визнання злочином певного виду діяння, якщо витрати очевидно неприйнятні), так і на стадії визначення процесуального порядку переслідування винних осіб (через дискрецію публічного обвинувача вирішувати в кожному конкретному випадку, чи вартує певний злочин розслідування).

А. Орлеан пропонує таким чином аргументувати перевагу позитивних наслідків криміналізації діянь, пов'язаних з експлуатацією. Людини: по-перше, за умов грамотної диференціації санкцій, найбільш суворі покарання призначатимуться найбільш суспільно небезпечним злочинцям, що виключатиме втрату соціальних зв'язків для осіб, котрі вчинили посягання невеликої суспільної небезпечності. По-друге, питома вага засуджених за розглядувані злочини в загальній масі засуджених

[618] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 205–206.

[619] Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації. Там само. С. 118.

[620] JustTalk#22.Скільки коштує платникам податків кримінальна юстиція? Discussion paper URL: https://justtalk.com.ua/post/justtalk22skilki-koshtue-platnikam-podatkiv-kriminalna-yustitsiya-discussion-paper

буде досить невеликою та не викликатиме в майбутньому жодних негативних суспільно значущих наслідків. По-третє, ізоляція від суспільства злочинців, що вчинили найбільш небезпечні види експлуатації людини, обмежуватиме кількість наявних негативних та сприятиме розповсюдженню позитивних соціальних зв'язків громадян. По-четверте, сам факт існування кримінально-правової санкції, хоч і не є панацеєю, проте певну превентивну функцію все ж таки виконуватиме[621].

Принцип наявності матеріальних ресурсів для реалізації кримінально-правової заборони. Йдеться про часові та матеріальні витрати конкретних підрозділів правоохоронних органів, збільшення навантаження на прокуратору, суди, органи виконання покарань[622] та власне проблеми пріоритезації видатків державного бюджету на функціонування системи кримінальної юстиції. Чи варто це враховувати при криміналізації діяння, адже навіть наявність кримінально-правової заборони вже становить певний стримуючий ефект? Певною мірою, це складова дискусії про позитивні та негативні наслідки криміналізації, один з елементів її негативних наслідків у вигляді збільшення публічних видатків, який теж дуже складно піддається об'єктивному оцінюванню. Зазначені вище витрати обґрунтовані, якщо йдеться про безумовні пріоритети, наприклад, про насильницькі злочини, проте у разі вчинення майнових злочинів, особливо дрібних, варто співвідносити затрачений ресурс та отриманий результат (відшкодування збитків)[623].

Принципи системно-правової несуперечливості (принцип конституційної адекватності; принцип системно-правової несуперечливості криміналізації конкретного діяння; принцип міжнародно-правової необхідності та допустимості криміналізації).

Що стосується системно-правових принципів, то серед загально-правових системних принципів вчені послуговуються аналізом наступного характеру: визначається відповідність кримінально-правової заборони нормам Конституції, а також забезпечується відповідність нормам інших галузей права, актам міжнародного права, та окремо робиться акцент на так званій процесуальній здійсненності переслідування.

Наприклад, посилаючись на норми статей 17, 31, 32, 34, 50 Конституції України (забезпечення інформаційної безпеки як функція держави;

---

[621] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 206.

[622] Орлеан А. М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони прав людини від експлуатації. Там само. С. 206–207.

[623] JustTalk#22. Скільки коштує платникам податків кримінальна юстиція? Там само.

право на таємницю листування, гарантії права на приватність, право на свободу думки та слова, гарантії отримання достовірної інформації про стан довкілля), М. Карчевський робить висновок про те, що на конституційно-правовому рівні передбачено базові засади нормативно-правового регулювання інформаційної безпеки, і криміналізація посягань на неї є цілком конституційно адекватною[624]. В контексті криміналізації незаконних дій із арештованим, описаним та заставленим майном, дослідники підкреслюють, що це відповідає українському та міжнародному законодавству, і сприяє реалізації низки вихідних положень Конституції України (статті 13, 41, 124, 129 тощо)[625]. Це, відповідно, норми про право власності, в тому числі, інтелектуальної, а також про систему правосуддя та засади судочинства.

Втім, такий підхід залишається доволі поверховим, як мінімум, з двох причин, по-перше, окрім норм Конституції є численні рішення Конституційного Суду, позиції якого теж варто враховувати при аналізі криміналізації, по-друге, очевидно бракує методології аналізу відповідності конкретної заборони, а не «криміналізації посягань на інформаційну безпеку».

Системно-правова несуперечливість полягає у відсутності кримінально-правових заборони, які би встановлювали відповідальність за діяння, прямо дозволене іншими нормами права[626]. Також, окремо слід виділити проблему диференціації кримінальних та адміністративних деліктів.

Кримінально-правові системні принципи криміналізації (принцип відсутності прогалин та ненадлишковості заборони; принцип визначеності та єдності термінології; принцип повноти складу; не підлягає криміналізації діяння: а) яке не відповідає визначеним у кримінальному законі ознакам злочину, зокрема, не є власне діянням, не може бути винним і вчинюватися суб'єктом злочину; б) яке вже визнане злочином; в) криміналізація якого спричинить небажану конкуренцію норм КК або іншим чином може суттєво ускладнити процес кваліфікації злочинів та сприяти помилкам у кваліфікації)). Дотримання принципу визначеності та єдності термінології у сфері охорони інформаційної безпеки

[624] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 82.

[625] Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації. Там само. С. 122.

[626] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 82.

М. Карчевський характеризував через наведення невідповідності кримінального законодавства та законодавства про адміністративні правопорушення. «Адміністративне та кримінальне законодавством розмовляють різними мовами» — писав дослідник[627]. Тут, очевидно, мова йде про загально-правову системність і ці тези ілюструють дотримання принципу системно-правової несуперечливості криміналізації діяння, тим більше, що і далі автор говорить про відсутність законодавчого визначення таких понять, як «електронно-обчислювальна машина», «автоматизована система», «комп'ютерна мережа»[628]. А ось зауваження щодо різниці у термінах «інформація, що обробляється» та «інформація, що зберігається» у статтях 361 та 362 КК є яскравим прикладом порушення принципу визначеності та єдності термінології як власне кримінально-правового системного принципу криміналізації.

Також в межах характеристику цього принципу дослідник звертає увагу на зайву деталізації у описі ознак складу злочину, а саме — перелік засобів оброблення інформації, що, на його думку, може обмежити застосування кримінального закону у разі появи нових проривів у технологіях і появі засобів, які формально не описані у кримінальному законі[629]. Останнє, на нашу думку, варто розглядати не як порушення принципу визначеності та єдності термінології, оскільки терміни тут якраз визначені, а як порушення принципу повноти складу.

І сам дослідник зазначає, що принцип повноти складу порушується у випадку формулювання занадто громіздких законодавчих визначень, які ускладнюють установлення змісту ознак конкретних складів злочинів, та у випадку недостатньої визначеності складів конкретних злочинів. Прикладами може бути формулювання в одній нормі декількох різних основних складів злочинів, наслідком чого є невизначеність та неконкретність їх ознак; відсутність у кримінальному законі чітких положень щодо змісту суб'єктивної сторони злочинів. Передбачених статтями 361–363[1]; невизначеність у питанні спеціального суб'єкта злочину у стаття 362[630].

---

[627] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 188.

[628] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 190.

[629] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 195.

[630] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 195–198.

Прикладами недотримання кримінально-правових умов криміналізації в контексті техніко-юридичних вимог є використання різних термінів у диспозиції статті Особливої частини (відчуження та розтрата при тому, що відчуження є різновидом розтрати відповідного майна[631]).

Принцип повноти складу. Провівши порівняльний аналіз диспозиції ст. 110^2 зі статями 109 та 110 КК, констатуємо, що останні передбачають, окрім самих дій щодо насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади та дій щодо зміни меж території України або державного кордону України, ще й публічні заклики до вчинення таких дій, а також розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення зазначених дій. З огляду на зазначене вважаємо, що законодавець необґрунтовано у статті 110^2 КК звузив коло діянь, які можуть утворювати даний склад злочину та фінансування яких може заподіяти шкоду основам національної безпеки України, чим порушив даний принцип.[632]

Принцип відсутності прогалин та ненадлишковості заборони поєднує два доволі різних аспекти. З одного боку, надлишковість заборони фактично означає криміналізацію діяння, яке не є суспільно небезпечним, тобто це порушення принципу криміналізації лише суспільно небезпечних діянь, або криміналізація за відсутності підстави. Наявність прогалин також свідчить по суті про невідповідність кола криміналізованих діянь колу діянь суспільно небезпечних, коли фактично суспільно небезпечне діяння залишається поза межами злочинних проявів[633]. З іншого боку, наприклад, вчені доводять, що криміналізації незаконних дій із заставленим майном відбулася за відсутності приводів і підстав, а також із порушенням існуючих умов (принципів) криміналізації суспільно небезпечних діянь, стала необґрунтованим втручанням у сферу цивільно-правових і майново-господарських відносин[634]. За наявності прогалин у криміналізації врегульованим правом суспільним відносинам через відсутність відповідної кримінально-правової заборони

---

[631] Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації. Там само. С. 124.

[632] Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110^2 КК України). Там само. С. 212–213.

[633] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 214–215.

[634] Дудоров О. О., Омельяненко М. І., Сабадаш В. П. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації. Там само. С. 126.

заподіюється реальна шкода, що підриває авторитет кримінального закону, свідчить про його недієвість. Надмірність у криміналізації призводить до протилежного негативного наслідку, а саме до перенасиченості кримінального закону заборонами, які не відповідають суспільному розвитку…в той же час, криміналізація Фінансування дій містить у собі внутрішньогалузеву суперечність. Достатніх підстав для виділення Фінансування дій в окремий склад злочину не було, оскільки самостійним злочином визнається окремий різновид пособництва у вчинені злочинів, передбачених статтями 109 та 110 КК. Такого роду пособництво є кримінально-караним відповідно до положень ч. 5 ст. 27 КК і без внесення змін до Особливої частини КК. За відсутності зазначеної норми Фінансування дій необхідно було б кваліфікувати за ч. 5 ст. 27 і відповідною статтею Особливої частини КК (статті 109, 110). Таким чином, зазначена законодавча новела створює надмірність у системі чинного кримінального законодавства, оскільки певною мірою дублює вже криміналізоване діяння, що зумовлює порушення зазначеного принципу криміналізації.[635]

З цієї точки зору, виникають сумніви у доцільності виокремлення такого принципу.

З точки зору принципу кримінально-політичної адекватності криміналізації (відповідність основним тенденціям соціальної політики суспільства й держави, рівневі й характеру суспільної свідомості й стану громадської думки[636]), на думку М. Карчевського, криміналізація посягань на інформаційну безпеку має відповідати таким завданням сучасної соціальної політики, як забезпечення розвитку інформаційного суспільства, розширення доступу до інформаційних ресурсів, формування об'єктивних, повних і достатніх інформаційних ресурсів, забезпечення функціонування інформаційних технологій, а також вона відповідати суспільній свідомості (забезпечувати прогнозовані зміни в суспільній свідомості)[637]. Останнє, на нашу думку, потребує чіткішого визначення — криміналізація має відповідати чинній суспільній свідомості чи майбутній, яка формуватиметься під впливом кримінально-правової заборони?

Принцип кримінально-політичної адекватності криміналізації, на думку О. Попович, означає відповідність кримінально-правової норми

[635] Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110[2] КК України). Там само. С. 209–212.

[636] Гуторова Н. О. Проблеми кримінально-правової охорони державних фінансів України. Там само. С. 69.

[637] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 80–81.

основним тенденціям розвитку суспільства, політики держави, рівню та характеру суспільної свідомості й стану суспільної думки. Відповідність криміналізації Фінансування дій принципу кримінально-політичної адекватності випливає з положень ст. 1 Конституції України. Існування на території держави сепаратистських організацій, які прагнуть поширити свій вплив на всі сфери громадського життя, створює реальну загрозу для територіальної цілісності України, а їхня діяльність виступає головною рушійною силою у розпалюванні конфліктів усередині держави. У зв'язку із цим встановлення кримінальної відповідальності за Фінансування дій зумовлене необхідністю протидії сепаратистській діяльності, інтенсивність якої з 2014 року значно зросла[638]

О. Водянніков, характеризуючи принципи міжнародного права, зазначає, що принципи в міжнародному праві — це узагальнення, що становлять основу міжнародного правопорядку, відображають (узагальнюють) основоположні засади (ідеї), та наділені (1) спеціальною нормативною загальністю, (2) стабільністю та (3) особливим значенням. Спеціальна нормативна загальність полягає в тому, що принципи не мають конкретного адресата, застосовуються у невизначеній кількості випадків до необмеженого кола предметів правового регулювання. Стабільність означає, що принципи складають історичну, аксіологічну та структурну основу системи міжнародного права (тобто міжнародний правопорядок), що формується традицією цієї системи; відповідно зміна принципів та їх змісту відбувається в рамках більш складного процесу, аніж у випадку утворення звичайних норм міжнародного права. Особливе значення принципи отримують в силу тих цінностей, які лежать у їх основі, а правові наслідки цієї характеристики відображаються у двох площинах: (1): принципи становлять формулювання ідеалу чи ідеальної ситуації при якій найповнішою мірою реалізується суспільний інтерес, і тому у такій їх якості їм притаманна поліваріантність, що залежить від конкретного фактичного та юридичного контексту, за якого відбувається їх застосування; (2) колізії між принципами, на відміну від звичайних норм, не можуть вирішуватися відповідно до загальноприйнятих колізійних правил: такі колізії вирішуються шляхом порівняння відносної важливості таких принципів в системі міжнародного права[639].

---

[638] Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110^2 КК України). Там само. С. 211.

[639] Водянніков О. Ю. Теорія принципу у міжнародному праві. Український щорічник міжнародного права 2009. Київ : Вид-во «Фенікс», 2014. С. 154–155.

Принципи є засадами, які не порушуються. В той же час, як свідчить практика криміналізації, в тій чи іншій мірі можуть бути порушені (або невраховані) майже всі з перелічених вище положень (принципів). Наприклад, принцип міжнародно-правової необхідності та допустимості криміналізації. О. Попович зазначає, що у міжнародному праві дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України з порушенням норм Конституції та законів держави, визнають як сепаратизм. Разом із тим міжнародно-правова практика так і не виробила єдиного підходу до розуміння категорії «сепаратизм», що зумовлює відсутність усталеного розуміння і поняття «фінансування сепаратизму». Невизначеність категорії «сепаратизм» на міжнародному рівні призводить до того, що зазначене діяння розглядається поряд із тероризмом або як різновид останнього. Виняток становить Шанхайська конвенція про боротьбу з тероризмом, сепаратизмом та екстремізмом, прийнята 15.06.2001, у ст. 1 якої визначено, що сепаратизм — будь-яке діяння, спрямоване на порушення територіальної цілісності держави, у тому числі на відокремлення від неї її частини, або дезінтеграцію держави, вчинене насильницьким шляхом, а рівно планування і підготовка такого діяння, пособництво його вчиненню, підбурювання до нього, і що переслідується у кримінальному порядку відповідно до національного законодавства Сторін. У зв'язку із цим можемо констатувати, що передбачення фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України, зумовлене не стільки необхідністю виконання зобов'язань за міжнародними договорами, скільки українськими реаліями[640]. Це не означає, що криміналізація фінансування сепаратизму відбулася з порушенням вихідних засад. В цьому випадку фактор необхідності криміналізації випливав із інших засад, аніж дотримання міжнародно-правових зобов'язань.

Саме тому, на нашу думку, варто формулювати принципи криміналізації не як сукупність правил законотворчої техніки у відповідній сфері а як засадничі положення комплексного характеру.

Як зазначає С. Шевченко, повертаючись до етимології поняття принципу як «особливості, яка покладена в здійснення чого небудь», мусимо зауважити, що принципом криміналізації є лише наскрізна ідея, яка визначає зміст процесу криміналізації. Тому складно допустити, що таких

[640] Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110[2] КК України). Там само. С. 212

ідей є десятки, і що процес криміналізації підпорядкований їм усім: соціальним принципам, соціально психологічним принципам і т. д.[641].

В цьому контексті наведемо наступний приклад: С. Бізман зазначає стосовно засад криміналізації в межах ЄС: законодавчий процес ЄС можна розділити на чотири етапи: 1) легітимізація криміналізації, 2) обґрунтування криміналізації, 3) компетенція ЄС щодо криміналізації та 4) конструкція правопорушення. Перший крок — легітимізація — перевіряє, чи можна використовувати кримінальне право для вирішення даної проблеми. Кримінальне право є легітимним, якщо криміналізація спрямована на захист від (потенційно) шкідливої поведінки, яка неправомірно порушує законний інтерес. Якщо криміналізація законна, криміналізація має бути виправдана (другий крок). Це ставить питання про те, чи повинен ЄС криміналізувати відповідну поведінку. Іншими словами, законна криміналізація не передбачає, що законодавець ЄС повинен діяти за будь-яких обставин. Принципи модерування — пропорційність та ефективність — допомагають визначити, чи виправдана криміналізація. Третій крок — надання повноважень — визначає, чи є Союз компетентним криміналізувати відповідну поведінку. Це вимагає, щоб існувала правова основа для ухвалення ЄС кримінально-правових заходів, і — у світлі спільної компетенції — необхідно надати докази того, що дії ЄС ефективніші для досягнення поставлених цілей (принцип субсидіарності), ніж законодавчі дії державами–членами. Результати перших двох кроків можуть бути використані для задоволення цих принципів. Після прийняття рішення про криміналізацію поведінки останній крок — конструкція правопорушення — визначатиме, як буде формуватися кримінальна заборона, розглядаючи принципи внутрішньої субсидіарності, законності, ефективності заборони та ретроспективної пропорційності[642]. З цього приводу В. Туляков підкреслює: отже, рівність, юридична визначеність, пропорційність, субсидіарність, передбачуваність, законність як принципи кримінального права та соціально-правові підґрунтя пеналізації повинні розглядатися у векторі примата прав людини та безпеки жертви правопорушення, виключно кримінального компліментарності примусу та гідного поводження, компенсації, реституції та реабілітації, сатисфакції, та гарантій неповторення спричинення шкоди жертвам кримінальних правопорушень з

[641] Шевченко С. В. Принцип пропорційності у криміналізації діянь. Там само. С. 79

[642] Buisman, S.S. (2022). The Future of EU Substantive Criminal Law: Towards a Uniform Set of Criminalisation Principles at the EU level. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 30(2)*, 161–187. URL: https://doi.org/10.1163/15718174-bja10032

642

урахуванням суспільних інтересів та вимог чемної профілактики право порушень, суспільної та державної безпеки[643].

Таким чином, пропонується наступна модель принципів криміналізації:

1) обґрунтованість криміналізації (виключно за наявності підстави)

2) системність криміналізації (виключно за умови відповідності криміналізації засадам правотворчості та іншим елементам правової системи одного або вищого рівня, закони та конституція, міжнародні договори).

Системність криміналізації має наступні елементи:

– міжнародно-правова

– конституційно-правова

– кримінально-правова

– кримінально-процесуальна

– системність криміналізації як правотворчої діяльності.

3) пропорційність криміналізації як втручання у приватне життя (за обсягом діянь які криміналізуються та відносно рівня кримінально-правової репресії за схожі діяння).

З урахуванням цього проаналізуємо практику криміналізації як реакцію на збройну агресію проти України. Загалом, нами визначено, що основними напрямами нормативного забезпечення відсічі агресії та подолання її наслідків кримінально-правовими засобами за вказаний період стали наступні:

– пряма заборона різних форм колаборації громадян із агресором (статті 111^1, 111^2, 114^2), включно із передумовами для інформаційної протидії (ст. 436^2), виокремлення злочинів проти людяності (ст. 442^1).

– забезпечення кримінально-правовими засобами процесів мобілізації та ведення бойових дій (статті 336^1, 31^1).

– підвищення кримінально-правового захисту учасників оборони (ст. 435^1), з одночасним превентивним впливом на деякі елементи сектору безпеки і оборони через включення їх до кола суб'єктів військових правопорушень.

– попередження зловживань у сферах, пов'язаних із забезпеченням «тилових» процесів (статті 416, 417, криміналізація дій спеціалістів в ролі експертів).

У цьому дослідженні ми зосередимося на практиці криміналізації поведінки, *яка не стосується різних форм колаборації із агресором та*

---

[643] Туляков В. О. Принципи пеналізації у контексті апроксимації європейського законодавства. *Наукова спадщина професора М. І. Бажанова у дискурсі сучасності і майбуття (до 100-річчя від дня народження)* : мат-ли мемор. конф. (м. Харків, 27 груд. 2022 р.) / голов. ред. Ю. В. Баулін ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків : Право, 2023. С. 82–86.

підтримки його дій (статті 111^1, 111^2, 114^2, 435^1, 436^2), оскільки ці норми поєднані спільною рисою — усунення перешкод у здійсненні агресивних дій або надання прямої підтримки агресору.

Законом №2155 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги»[644] КК було доповнено статтею 201^2 «Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги» наступного змісту:

«1. Продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги або використання благодійних пожертв, безоплатної допомоги або укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном, з метою отримання прибутку, вчинені у значному розмірі, –

караються штрафом від двох до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до чотирьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням службового становища, або у великому розмірі, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою або в особливо великому розмірі, або під час надзвичайного або воєнного стану, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

Примітка.

1. Під гуманітарною допомогою, благодійними пожертвами та безоплатною допомогою слід розуміти поняття, визначені Законом «Про гуманітарну допомогу» та Законом «Про благодійну діяльність та благодійні організації».

2. Дії, передбачені цією статтею, вважаються вчиненими у значному розмірі, якщо загальна вартість такої гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги у триста п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян; у великому розмірі — якщо загальна вартість товарів, безоплатної допомоги або

644

[644] Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги : Закон від 24.03.2022 № 2155-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-20#n2

грошової допомоги у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян; у особливо великому розмірі — якщо загальна вартість товарів, безоплатної допомоги або грошової допомоги у три тисячі і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян».

Пояснювальна записка до відповідного законопроєкту містила доволі лаконічне обґрунтування необхідності таких законодавчих змін: «Законом «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей оподаткування та подання звітності у період воєнного стану» спрощено процедуру визнання соціально значущих товарів гуманітарною допомогою, перелік яких затверджений Кабінетом Міністрів України, без прийняття відповідних рішень про визнання їх гуманітарною допомогою. Наразі виявляються чисельні випадки використання товарів гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку»[645].

Варто зауважити, що законопроєкт містив пропозицію дещо іншої редакції нової норми КК, а саме:

Стаття 201². Використання під час дії воєнного стану гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги не за цільовим призначенням, а саме з метою отримання прибутку або власного збагачення

1. Використання під час дії воєнного стану гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги у значному розмірі не за цільовим призначенням, а саме з метою отримання прибутку або власного збагачення, — карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років з конфіскацією майна або без такої.

2. Ті самі дії, вчинені особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений цією статтею, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням влади чи службового становища, або у великому розмірі, — карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою чи в особливо великому розмірі, — караються позбавленням волі на строк від десяти до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна.

645 [645] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за використання гуманітарної допомоги під час дії воєнного стану, реєстр. № 7146 від 13.03.2022. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=7146&conv=9

Примітка. Дії, передбачені цією статтею, вважаються вчиненими у значному розмірі, якщо загальна вартість товарів, безоплатної допомоги або грошової допомоги у тисячу і більше разів перевищує установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян; у великому розмірі — якщо загальна вартість товарів, безоплатної допомоги або грошової допомоги у три тисячі і більше разів перевищує установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян; у особливо великому розмірі — якщо загальна вартість товарів, безоплатної допомоги або грошової допомоги у п'ять тисяч і більше разів перевищує установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян».

Зміна редакції відбулася на етапі розгляду законопроєкту головним комітетом, що відображено у його рішенні, яке містить редакцію, що і була ухвалена парламентом.

Очевидно, що Комітетом було враховано зауваження ГНЕУ[646], які не торкалися питань необхідності криміналізації, але разом з тим містили критику редакції норми в частині опису ознак складу злочину та видів покарань.

Фінальна редакція норми також не є бездоганною, фактично вона містить декілька форм об'єктивної сторони злочину: 1) продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку, вчинений у значному розмірі; 2) використання благодійних пожертв з метою отримання прибутку, вчинене у значному розмірі; 3) використання безоплатної допомоги з метою отримання прибутку, вчинене у значному розмірі; 4) укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном (товарами (предметами) гуманітарної допомоги, благодійними пожертвами або безоплатною допомогою) з метою отримання прибутку, вчинене у значному розмірі.

У примітці до статті 201^2 законодавець передбачив, що під гуманітарною допомогою, благодійними пожертвами та безоплатною допомогою слід розуміти поняття, визначені Законом «Про гуманітарну допомогу» та Законом «Про благодійну діяльність та благодійні організації».

Отже, відповідно до Закону «Про гуманітарну допомогу»[647]: гуманітарна допомога — цільова адресна безоплатна допомога у грошовій або

646

647

[646] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за використання гуманітарної допомоги під час дії воєнного стану, реєстр. № 7146 від 13.03.2022. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=7146&conv=9

[647] Про гуманітарну допомогу : Закон від 22.10.1999 № 1192-XIV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1192-14#Text

натуральній формі, у вигляді безповоротної фінансової допомоги або добровільних пожертвувань, або допомога у вигляді виконання робіт, надання послуг, що надається іноземними та вітчизняними донорами з мотивів гуманності отримувачам гуманітарної допомоги в Україні або за кордоном, які потребують допомоги у зв'язку із соціальною незахищеністю, матеріальною незабезпеченістю, скрутним фінансовим становищем, введенням воєнного або надзвичайного стану, виникненням надзвичайної ситуації або тяжкою хворобою конкретної фізичної особи, а також для підготовки до збройного захисту держави та її захисту у разі збройної агресії або збройного конфлікту; безоплатна допомога (пересилка, виконання робіт, надання послуг) — надання гуманітарної допомоги без будь-якої грошової, матеріальної або інших видів компенсацій донорам гуманітарної допомоги.

У свою чергу, відповідно до Законом «Про благодійну діяльність та благодійні організації»[648], благодійною пожертвою визнається безоплатна передача благодійником коштів, іншого майна, майнових прав у власність бенефіціарів для досягнення певних, наперед обумовлених цілей благодійної діяльності, відповідно до цього Закону.

Аналіз бланкетної по своїй суті диспозиції частини першої статті 201^2 у поєднанні із нормами регулятивного законодавства, до яких вона відсилає, свідчить про те, що криміналізація відбулася стосовно доволі невеликої частини можливих видів гуманітарної чи благодійної підтримки. Зокрема, вона стосується лише гуманітарної допомоги у натуральній формі, адже здійснити продаж гуманітарної допомоги у формі грошей чи виконання робіт, надання послуг доволі складно.

Так само, складно застосувати конструкцію «використання пожертви», адже пожертва — це передача певного майна чи майнових прав у власність і використати очевидно можна саме ці предмети, передані у власність, а не їх передачу.

Крім того, конструкція «продаж… з метою отримання прибутку» є доволі невдалою з огляду на те, що відповідно до ЦК, «продаж» є невід'ємною складовою договору купівлі-продажу, а за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму (стаття 655). При цьому, Право продажу товару, крім випадків примусового продажу та інших випадків, встановлених

[648] Про благодійну діяльність та благодійні організації : Закон від 05.07.2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5073-17#Text

законом, належить власникові товару (стаття 658 ЦК). Тобто, продаж завжди передбачає оплатність. Чи завжди в результаті купівлі-продажу отримується прибуток? КК містить термін «прибуток» у деяких нормах про кримінальні правопорушення проти господарської діяльності (статті 222^1, 222^2, 232^1, 232^3). З огляду на це, враховуючи, що не завжди діяння, передбачені статтею 210^2 вчиняються в межах діяльності господарюючих суб'єктів, від вказівки на прибуток варто відмовитися.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є визначені наслідки таких дій — прибуток у значному розмірі. Відповідно до примітки 2 аналізованої статті, дії вважаються вчиненими у значному розмірі, якщо загальна вартість такої гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги у 350 і більше разів перевищує НМДГ[649]. На нашу думку, тут відбувається безпідставне ототожнення розміру предмету злочину та масштабу прибутку. Законодавець визначив отримання прибутку метою даного злочину незалежно від розміру такого прибутку. У свою чергу, обсяги, відповідно, гуманітарної допомоги чи благодійної пожертви характеризують саме предмет злочину і саме в цьому аспекті підлягають врахуванню при кваліфікації.

Зауважимо, що, на думку В. Киричка, оскільки значний розмір характеризує самі дії, а не заподіяну ними шкоду, то це вказує на формальний склад цього кримінального правопорушення, з чого випливає висновок про те, що воно буде вважатися закінченим з моменту вчинення самих дій в будь-якій із зазначених трьох форм… Оскільки загальна вартість предметів гуманітарної допомоги за ст. 201^2 КК характеризує дії винної особи, а не фактично заподіяну шкоду, то це означає, що словосполучення «ті самі дії» за ч. ч. 2 і 3 цієї статті включають в себе вартісну характеристику предметів гуманітарної допомоги. Для практики це означає, що вчинення зазначених у ст. 201^2 КК дій в розмірі, що не є значним, не може тягти за собою кримінальної відповідальності за будь-якої частиною цієї статті КК[650]. На нашу думку, все ж таки зазначений розмір є характеристикою предмета злочину а не діяння.

---

[649] Лісовська О. В. Відмінності складу злочину, передбаченого ст. 201^2 кримінального кодексу України від суміжних складів злочину. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету*. Серія ПРАВО. 2023. Вип. 80 : ч. 2. URL: https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2024/01/10-1.pdf

649

[650] Киричко В. М. Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 2012 КК) : проблеми системного тлумачення та практичного застосування і шляхи їх вирішення. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2023. № 1 (19). URL: http://vakp.nlu.edu.ua/article/view/281125

650

Таку саму позицію поділяє і Р. Мовчан, який, виходячи з того, що це характеристика саме предмету кримінального правопорушення, робить висновок про його необов'язковість при кваліфікації діянь за ч. 2 та 3 статті 201[2][651].

Також В. Киричко для розкриття змісту прибутку як мети вчинення відповідних дій використовував поняття з господарського права: відповідно до ч. 1 ст. 142 ГК *«прибуток* (доход) суб'єкта господарювання є показником фінансових результатів його господарської діяльності, що визначається шляхом зменшення суми валового доходу суб'єкта господарювання за певний період на суму валових витрат та суму амортизаційних відрахувань». Стосовно ст. 201[2] КК це означає, що *«укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном з метою отримання прибутку»* не охоплює собою правочинів з безоплатного розпорядження майном, а завжди є оплатним у вигляді прибутку суб'єкта господарювання … в ст. 201[2] КК мета отримання прибутку у складі кримінального правопорушення характеризує суб'єктивну сторону дій фізичної особи, однак за своїм змістом означає отримання прибутку суб'єктом господарювання. …Мета отримання прибутку в ст. 201[2] КК характеризує суб'єктивну сторону дій фізичної особи, однак за своїм змістом означає отримання прибутку суб'єктом господарювання як він визначений в ч. 1 ст. 142 ГК. Такої мети немає при продажі предмету гуманітарної допомоги для покриття транспортних затрат з їх доставки від донорів до набувачів [652]. Зазначимо, що із втратою чинності ГК правники будуть вимушені шукати ці положення у ЦК, який у низці статей містить термін «прибуток», але не дає його визначення.

У свою чергу, Р. Мовчан під прибутком в даному випадку розуміє різницю між сумою надходжень і сумою понесених витрат і не виключає того, що «на практиці «мета одержання прибутку» тлумачитиметься максимально широко — як отримання будь-якої (майнової чи навіть немайнової) компенсації за майно, яким незаконно розпорядився винний, що, вочевидь, буде збільшувати сферу докладання адвокатських зусиль»[653].

---

[651] Мовчан Р. О. «Воєнні» новели Кримінального кодексу України: правотворчі та правозастосовні проблеми. Київ. 2022. С. 138–140.

652

[652] Киричко В. М. Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 2012 КК) : проблеми системного тлумачення та практичного застосування і шляхи їх вирішення. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2023. № 1 (19). URL: http://vakp.nlu.edu.ua/article/view/281125

[653] Мовчан Р. О. «Воєнні» новели Кримінального кодексу України: правотворчі та правозастосовні проблеми. Там само. С. 135–136.

Зауважим, що суди також розуміють прибуток в широкому контексті, фактично ототожнюючи мету отримання прибутку із *корисною метою*[654],

[654] Наприклад, один з епізодів виглядає таким чином «Продовжуючи виконання раніше розробленого обвинуваченим злочинного плану, направленого на продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги, 29.02.2024 обвинуваченим на автомобілі марки «AUDI» прибув до пункту-пропуску «Угринів-Долгобичув» (митний пост «Угринів» Львівської митниці ДМС), де надав працівникам вказаного митного посту офіційний документ декларацію про перелік товарів, що визнаються гуманітарною допомогою, затверджену Постановою КМУ від 01.03.2022 року №174 (в ред. постанови КМУ від 09.03.2022 № 235), із зазначенням у графах декларації, з поміж іншого, транспортного засобу автомобіль марки ««AUDI», отримувач гуманітарної допомоги Благодійна організація «Благодійний фонд «Чому так?», найменування товарів автомобіль Б/В для потреб ЗСУ, після чого о 03:24 год. безперешкодно проїхав пункт пропуску та направився до с. Мигія Первомайського району Миколаївської області де передав її обвинуваченому для продажу. В подальшому, 03.03.2024, побачивши одне з оголошень про продаж автомобілів, розміщених на інтернет-майданчику оголошень «OLX» обвинуваченим, останньому зателефонував ОСОБА_16, який є військовослужбовцем військової частини. Під час спілкування обвинувачений вказав ОСОБА_16 продовжити спілкування у месенджері WhatsApp та під час листування запропонував придбати автомобіль марки «AUDI», не повідомивши при цьому, що такий автомобіль є предметом гуманітарної допомоги, за 2900 дол. США, на що останній погодився. Окрім того, обвинувачений повідомив ОСОБА_16, що зазначений автомобіль за окрему плату може бути доставлений до м. Миколаїв, на що останній також погодився. Того ж дня, обвинувачений з метою реалізації свого злочинного плану, направленого на незаконне отримання прибутку, за рахунок продажу товарів (предметів) гуманітарної допомоги, попрохав свого знайомого ОСОБА_9 доставити 03.03.2024 вищезазначений транспортний засіб до м. Миколаєва Миколаївської області, де передати особі, контакти якої надасть пізніше. 03.03.2024 приблизно о 16-06 годині ОСОБА_9, зателефонував ОСОБА_16 та повідомив, що виїхав та зустрінеться з останнім в м. Миколаєві біля ТЦ «Сіті Центр». Приблизно о 18–25 годині ОСОБА_9, перебуваючи за місцем розташування ТЦ «Сіті Центр», зустрівся з ОСОБА_16, де після огляду транспортного засобу автомобілю марки «AUDI», ОСОБА_16 передав ОСОБА_9, а останній отримав грошові кошти в сумі 20000 грн. готівкою та 91000 грн. шляхом перерахування коштів на особисту картку банку «ПриватБанк» як оплату за автомобіль марки «AUDI». ОСОБА_9, в свою чергу, на виконання прохання ОСОБА_3, передав ОСОБА_16 ключі від автомобіля, свідоцтво про реєстрацію зазначеного транспортного засобу та декларацію про перелік товарів, що визнаються гуманітарною допомогою. В подальшому, обвинувачений шляхом направлення поштовим сервісом «Нова Пошта», передав ОСОБА_16 акт приймання передачі, відповідно до якого дарувальник Благодійна організація «Благодійний фонд «Чому так?» передав на безоплатній основі ОСОБА_16 автомобіль марки «AUDI». В подальшому, 04.03.2024 ОСОБА_9, перебуваючи в с. Мигія Первомайського району Миколаївської області зустрівся з обвинуваченим та передав останньому 111000 грн. надані ОСОБА_16 за транспортний засіб автомобіль марки «AUDI». Таким чином, обвинувачений ОСОБА_3, діючи за попередньою змовою з обвинуваченим ОСОБА_4 здійснив продаж ОСОБА_16, який є військовослужбовцем військової частини, автомобілю марки «AUDI», який є предметом гуманітарної

або з корисливим мотивом[655]*, або з метою особистого збагачення*[656]*, або з корисливим наміром*[657].

Прибутком суди вважають і привласнені зібрані на волонтерські цілі кошти: Під час збору на вказаний банківський картковий рахунок надійшло благодійних пожертв та безоплатної допомоги на суму 155 000 грн. Зі вказаної суми, на потреби ЗСУ ОСОБА_4 перерахувала лише 43 000 грн., а інші грошові кошти в подальшому привласнила разом з невстановленою особою. Тим самим, ОСОБА_4 за попередньою змовою групою осіб з невстановленою особою, вказаними діями отримали

655 [655] ОСОБА_3, в період часу з 04.12.2022 по 27.09.2023, маючи умисел на незаконне використання продаж з метою отримання прибутку товарів (предметів) гуманітарної допомоги, під час дії воєнного стану, введеного Указом Президента України від 24.02.2022 № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні», затвердженого Законом від 24.02.2022 № 2102-IX, який неодноразово продовжувався, а востаннє Указом Президента України №740/2024, та в порушення вимог Закону «Про гуманітарну допомогу», перебуваючи на території м. Рівне Рівненської області, діючи умисно, з корисливих мотивів ввіз на територію України у вигляді гуманітарної допомоги та продав, з метою отримання прибутку, вищевказані три транспортні засоби, загальною вартістю 520059 грн., що є значним розміром (вирок Рівненського міського суду Рівненської області від 02.06.2025 р. у справі № 569/3975/25 URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/127858264).

656 [656] Таким чином, ОСОБА_4, усвідомлюючи суспільно-небезпечні наслідки свого діяння та бажаючи їх настання, діючи умисно, з корисливих мотивів, з метою особистого збагачення, усвідомлюючи що на території України з 24.02.2022 введено воєнний стан, намагався здійснити продаж транспортного засобу марки «VOLVO XC60», який 31.05.2024 був ввезений на митну територію України як гуманітарна допомога, вартість якого відповідно до висновку судової транспортно-товарознавчої експертизи у становить 556 298 грн 57 коп., що відповідно до п. 2 примітки до ст. 201² КК становить значний розмір, однак злочинний умисел до кінця не довели, оскільки його протиправні дії було викрито правоохоронними органами (вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 29.04.2025 у справі № 750/4355/25. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/126983456).

657 [657] ОСОБА_4, ОСОБА_16, ОСОБА_6, Особа №1 (матеріали відносно якої виділенні в окреме кримінальне провадження) та Особа №2 (матеріали відносно якої виділенні в окреме кримінальне провадження) протягом січня–лютого 2024 р., діючи в складі організованої групи осіб, згідно відведених їм ролей, діючи умисно, з корисливих намірів, направлених на досягнення єдиної мети, продали а також намагались продати товари гуманітарної допомогу у вигляді 10 автомобілів з метою отримання прибутку, загальна ринкова вартість яких складає 865 089 гривень 02 копійки, що у триста п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян та є значним розміром. Таким чином, дії ОСОБА_4, ОСОБА_5 та ОСОБА_6 кваліфіковано за ч. 2 ст. 27, ч. 3 ст. 201² КК, як продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку, вчиненому у значному розмірі, організованою групою осіб, діючи як співвиконавці, під час воєнного стану (вирок Індустріального районного суду міста Дніпра від 21.05.2025 у справі № 202/3089/25. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/127932984).

незаконний прибуток на суму 112 000 грн[658]. Своїми діями, ОСОБА_3 вчинив кримінальне правопорушення передбачене ч. 3 ст. 201² КК, а саме продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку, вчиненому у значному розмірі та під час воєнного стану[659].

Також, формулювання «укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном» логічно обумовлює, що: А) предметом злочину може бути лише майно Б) всі попередні форми діяння є конкретними різновидами «укладання правочинів».

Відповідно до цивільного законодавства, правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми (договори). Одностороннім правочином є дія однієї сторони, яка може бути представлена однією або кількома особами. Односторонній правочин може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила. Односторонній правочин може створювати обов'язки для інших осіб лише у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з цими особами. Дво- чи багатостороннім правочином є погоджена дія двох або більше сторін (стаття 202 ЦК). Зазначимо, що судова практика фактично підтверджує правильність тлумачення діяння, передбаченого у статті 201² саме як правочину у різних формах. Нижче будуть наведені приклади, які свідчать про те, що вироки здебільшого виносилися за продаж майна або за використання зібраних грошових коштів для власних потреб.

Стаття 201² КК отримала певну увагу науковців, які здебільшого критично поставилися до обраного законодавцем шляху[660].

допомоги, та середня ринкова вартість якого станом на 29.02.2024 становить 27710 грн…» (Вирок Вітовського районного суду Миколаївської області від 05.08.2025 у справі № 477/2571/24. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/129318430).

[658] Вирок Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 06.08.2024 у справі № 180/647/24. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/121174852

658

[659] Вирок Рівненського міського суду Рівненської області від 02.06.2025 у справі № 569/3975/25. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/127858264

659

[660] Айдинян А. В. Деякі особливості юридичної конструкції кримінального правопорушення, передбаченого ст. 2012 Кримінального кодексу України. *Аналітично-порівняльне правознавство.* 2022. № 4. С. 268–273. URL: https://doi.org/10.24144/2788-6018.2022.04.49 ; Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Кримінально-правова заборона щодо незаконного використання гуманітарної допомоги: сумнів*на законодавча новела. Вісник Луганського держ. ун-ту внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. 2022*. Вип. 2 (98). С. 99–115 ; Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Незаконне використання гуманітарної допомоги (ст. 2012 КК). Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану : наук.-практ. комент. Київ. 2022. С. 172–195 ; Каменський Д. В. Відповідальність за розкрадання гуманітарної допомоги :

660[1]

У цілому, як зазначає О.В Лісовська, автори висловлюють думку, що криміналізація цієї статті створює штучну конкуренцію норм, оскільки наявна система кримінальних правопорушень охоплює таке діяння як використання гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку[661].

О. О. Дудоров і Р. О. Мовчан вважають, що «доповнення КК ст. 201^2 є черговим проявом невиправданої казуїстичності кримінального закону» і обґрунтовують «доцільність виключення з КК досліджуваної кримінально-правової заборони як непотрібного прояву надмірної (надлишкової) криміналізації»[662]. Отже, варто погодитися із дослідниками[663] у тому, що доцільним є виключення зі складу норм КК статті 201^2 як прояву надмірної криміналізації.

Втім, є і інша точка зору: на підставі викладених роз'яснень Пленумом ВС форм розкрадання за ст. 191 КК можна зробити такі висновки стосовно ст. 201^2 КК: «*продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку*» (перша форма дій) не може охоплювати собою розкрадання у формі розтрати чужого майна, оскільки поняття «продаж» означає *оплатну* передачу майна однією особою у власність іншій особі, а для розтрати чужого майна обов'язковою

660^2 новела вітчизняного кримінального закону під час війни. *Вісник пенітенціарної асоціації України.* 2022. № 3 (21). С. 70–82 ; Кришевич О. В. Кримінальна відповідальність за нецільове використання гуманітарної допомоги чи один з видів шахрайства. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2022. № 1 (17). С. 173–183 ; Марін О. К. Спеціальні норми у кримінальному праві воєнного стану: небезпека непередбачуваних наслідків для кримінально-правового регулювання. *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні* : матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 5 трав. 2022 р.). Харків. 2022. С. 49–55 ; Марін О. К. Проблеми кримінально-правової оцінки незаконного використання гуманітарної допомоги за КК України. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2022. № 6. С. 334–338. DOI: https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/74

661 [661] Лісовська О. В. Відмінності складу злочину, передбаченого ст. 2012 кримінального кодексу України від суміжних складів злочину. *Наук. вісник Ужгородського Нац. Ун-ту.* Серія ПРАВО. 2023. Вип. 80 : ч. 2. URL: https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2024/01/10-1.pdf ; Мовчан Р. О. Про деякі дискусійні питання кримінальної відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги. *Кримінальна юстиція в Українні: реалії та перспективи* : мат-ли Круглого столу (23 вересня 2022 року) / упор. І. В. Гловюк, Н. Р. Лащук, В. В. Навроцька, І. Р. Серкевич, Н. І. Устрицька. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2022. С. 53–56 ; Марін О. К. Проблеми кримінально-правової оцінки незаконного використання гуманітарної допомоги за КК України. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2022. № 6. С. 334–338.

[662] Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Кримінально-правова заборона щодо незаконного використання гуманітарної допомоги: сумнівна законодавча новела. Там само. С. 107–108.

[663] Мовчан Р. О. «Воєнні» новели Кримінального кодексу України: правотворчі та правозастосовні проблеми. Там само. С. 153.

ознакою є *безоплатне* обернення чужого майна на користь іншої особи. Це означає, що у співвідношенні цієї форми дій за ст. 201[2] КК із ст. 191 КК не існує взагалі проблем конкуренції чи колізії норм… *жодна з форм вчинення дій, передбачених ст. 201[2] КК, не охоплює собою розкрадання майна в будь-якій формі, в тому числі в формі привласнення, розтрати чужого майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ст. 191 КК)*[664].

Наведені вище приклади, пов'язані із продажем автомобілів, ввезених в Україну як гуманітарна допомога, є найбільш часто вчинюваними кримінальними правопорушеннями за статтею 201[2], втім іншою розповсюдженою формою є привласнення зібраних коштів: ОСОБА_4 за попередньою змовою групою осіб з невстановленою особою, умисно, з метою отримання прибутку, керуючись корисливим мотивом, незаконно використала благодійні пожертви та безоплатну допомогу, яка надійшла на її карткові банківські рахунки в період з 02.08.2024 по 07.01.2023 на загальну суму 603 450,74 грн., що у 350 і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян станом на 2023 р., і є значним розміром.

Своїми умисними діями, які виразилися у використанні благодійних пожертв, безоплатної допомоги, з метою отримання прибутку, вчинені у значному розмірі, за попередньою змовою групою осіб, під час воєнного стану, ОСОБА_4 вчинила кримінальне правопорушення /злочин/, передбачений ч. 3 ст. 201[2] КК[665]

В цьому випадку, як видається, суд не деталізував, як саме він кваліфікує привласнення коштів, що надсилалися різними особами для потреб волонтерської діяльності: адже навряд чи зняття коштів з одного і того самого рахунку можна водночас кваліфікувати і як використання пожертви і як використання безоплатної допомоги, принаймні в сенсі який їй надає наведене вище галузеве законодавство.

Загалом, за період 2022–2024 років обліковано 680 проваджень за статтею 201[2] КК, з яких до суду скеровано 62 провадження, засуджено 33 особи, яких у майже 70 відсотках випадків суд звільнив від покарання[666].

664

665

666

[664] Киричко В. М. Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 2012 КК) : проблеми системного тлумачення та практичного застосування і шляхи їх вирішення. *Вісник Асоціації кримінального права України.* 2023. № 1 (19). URL: http://vakp.nlu.edu.ua/article/view/281125

[665] Вирок Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 16.08.2024 р. у справі № 180/647/24. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/121174852

[666] CrimeTracer — швидкий огляд статистичних даних щодо протидії окремим кримінальним правопорушенням. URL: https://crimedatalab.shinyapps.io/platform/

Наступні два закони, що будуть проаналізовані в контексті їх «криміналізаційності», змінили суб'єктний склад деяких кримінальних правопорушень. Так, Законом №3000[667] парламент вніс до кримінального законодавство наступні нові положення:

у статті 401 КК:

частину другу доповнити абзацом другим такого змісту:

«Поліцейські поліції особливого призначення Національної поліції України, які під час дії воєнного стану залучені до безпосередньої участі у бойових діях, несуть відповідальність за статтями 402, 403, 414–416, 422, 427, 429, 430, 432–435 цього розділу»;

частину четверту після слів «цього розділу» доповнити словами «крім поліцейських поліції особливого призначення Національної поліції України».

У свою чергу, Закон № 4009 передбачив наступні зміни у КК:

в абзаці першому частини другої статті 358 слово «експертом» замінити словами «експертом, спеціалістом»;

2) в абзаці першому частини першої статті 365^2 слово «експерта» замінити словами «експерта, спеціаліста»;

3) у статті 368^4:

в абзаці першому частини першої слово «експерта» замінити словами «експерта, спеціаліста»;

в абзаці першому частини третьої слово «експертом» замінити словами «експертом, спеціалістом»;

4) у назві та абзаці першому частини першої статті 385 слово «експерта» замінити словами «експерта, спеціаліста».

Обґрунтування розширення суб'єктного складу військових кримінальних правопорушень полягало у наступному: в НП та ДПС утворюються відповідні органи, які будуть брати безпосередню участь в обороні України, у тому числі шляхом ведення бойових дій. Так, постановою КМУ від 13.01.2023 № 30 утворено як юридичну особу публічного права міжрегіональний територіальний орган НП — Департамент поліції особливого призначення «Об'єднана штурмова бригада НП «Лють». Для забезпечення ефективного виконання НП та ДПС своїх завдань і повноважень (у тому числі передбачених цим законопроєктом) необхідно внести зміну до ст. 2 Закону «Про правовий режим майна у

667 [667] Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законів України щодо врегулювання окремих питань діяльності Національної поліції України під час дії воєнного стану : Закон від 21.03.2023. № 3000-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3000-20#n13

ЗСУ», що дозволить передавати їм необхідне озброєння та бойову техніку. У зв'язку з цим у розділі V «Поліцейські заходи» Закону «Про Національну поліцію» важливо окремо врегулювати питання стосовно застосування поліцейськими поліції особливого призначення під час дії воєнного стану зброї та бойової техніки в ході здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України та в особливий період, як це передбачено для військовослужбовців ДПС у ст. 216 Закону «Про Державну прикордонну службу України». У зв'язку з наділенням поліцейських поліції особливого призначення НП на час дії воєнного стану додатковими повноваженнями також необхідно запровадити можливість притягнення їх до адміністративної та кримінальної відповідальності за окремі військові правопорушення з урахуванням особливостей діяльності цього органу[668].

Зауваження ГНЕУ полягали у тому, що підхід законопроєкту щодо визнання поліцейських поліції особливого призначення НП, які під час дії воєнного стану залучені до безпосередньої участі у бойових діях, суб'єктами окремих складів військових кримінальних правопорушень (йдеться про фактичне прирівняння у окремих випадках вказаних осіб до військовослужбовців, адже саме військовослужбовці, за загальним правилом, є суб'єктами відповідних військових кримінальних правопорушень), не узгоджується з чинною ч. 1 ст. 401 КК, відповідно до якої військовими кримінальними правопорушеннями визнаються передбачені цим розділом кримінальні правопорушення проти встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними та резервістами під час проходження зборів.

Експерти вказали на особливості об'єкта даної групи кримінальних правопорушень, а також на відсутність мотивації визнання поліцейських суб'єктами певного кола військових правопорушень і не визнання їх суб'єктами інших військових правопорушень, наприклад передбачених статтями 410–413, «Адже водночас поданим законопроєктом пропонується внести зміни до ч. 1 ст. 2 «Органи, які здійснюють управління військовим майном» Закону «Про правовий режим майна у ЗСУ»

[668] Проєкт Закону про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законів України щодо врегулювання окремих питань діяльності Національної поліції України під час дії воєнного стану, реєстр. № 9070 від 01.03.2023. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=9070&conv=9

668

з метою, як про це вказано у пояснювальній записці до законопроєкту, забезпечення можливості передачі військового майна поліції[669]».

Дослідники підтверджують, що під час дії воєнного стану в Україні повноваження НП суттєво розширено шляхом внесення відповідних змін до Закону «Про Національну поліцію». Конституційні цілі й пріоритети діяльності всієї держави під час війни мають значну специфіку. Оборона держави та захист Вітчизни як конституційні цінності, з одного боку, тісно взаємодіють із повагою до індивідуальних прав і свобод людини, з другого боку, і не можуть бути протиставлені одна одній, оскільки від реально-го забезпечення першого залежить стан другого. Разом з тим необхідно, щоб при розширенні повноважень правоохоронних органів, у тому числі поліції в період воєнного стану ВРУ враховувала, що фактичні обставини війни чи умови воєнного стану автоматично не є підґрунтям для обмеження конституційних прав і свобод громадян[670].

Також виокремлюються наступні особливості надання поліцейських послуг в умовах воєнного стану: внаслідок повномасштабної збройної агресії РФ НП зіштовхнулася із значними труднощами під час виконання поставлених перед нею завдань, тому задля підвищення ефективності її діяльності в умовах війни 15.03.2022 Законом «Про внесення змін до законів України «Про Національну поліцію» та «Про Дисциплінарний статут Національної поліції України» з метою оптимізації діяльності поліції, у тому числі під час дії воєнного стану» були значно розширені повноваження НП; в рамках реалізації поставлених перед НП завдань напрями діяльності поліцейських не є характерними для поліції в мирний час. Так, на деокупованих територіях, прифронтових територіях, поліцейські у взаємодії з іншими правоохоронними органами або законними воєнізованими формуваннями (взаємодія з якими також є не типовою у діяльності поліції у мирний час) протидіють диверсійним групам ворога (які є професійними військовими); займаються фіксацією воєнних злочинів росіян; розмінуванням; техніко-криміналістичним забезпеченням огляду місця події, в тому числі

669 [669] Проєкт Закону про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законів України щодо врегулювання окремих питань діяльності Національної поліції України під час дії воєнного стану, реєстр. № 9070 від 01.03.2023. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=9070&conv=9

670 [670] Драган О. В. Щодо повноважень Національній поліції України в умовах воєнного стану. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2024. № 1. URL: http://journal-app.uzhnu.edu.ua/article/view/299999

пов'язаної з пожежами, та спеціальні вибухотехнічні роботи за фактами скоєння вибухів, надходження повідомлень про виявлення підозрілих вибухонебезпечних предметів, загрозу вибуху. Водночас на території, яка є театром активних бойових дій, у прифронтових зонах поліцейські здійснюють евакуацію населення, доставляють гуманітарну допомогу. Окрім того, серед пріоритетних завдань на щойно деокупованих територіях та у прифронтових територіях є запобігання фактам мародерства тощо. Там, де запроваджено правовий режим воєнного стану, поліцейські знаходяться на облаштованих блокпостах та разом з іншими інстанціями забезпечують дотримання правового режиму воєнного стану[671].

О. О. Юріков зазначає, що зазначені зміни сприяють зміцненню дисципліни в підрозділах поліції особливого призначення під час виконання бойових завдань на лінії фронту. Однак, з огляду на те, що участь у бойових діях приймають й інші підрозділи НП, доцільним є встановлення кримінальної відповідальності щодо всіх поліцейських, які в умовах воєнного стану приймають безпосередню участь у бойових діях з метою відсічі збройної агресії проти України[672].

Це видається слушною пропозицією з огляду на те, що, як зауважується авторами, вагомий внесок в роботу поліцейських в умовах воєнного стану здійснено 15.03.2022 ВРУ, яка ухвалила зміни до Закону «Про Національну поліцію» з метою оптимізації діяльності поліції, зокрема під час дії режиму воєнного стану. Внесені зміни передбачають доповнення статті 23 Закону «Про Національну поліцію» новими пунктами та наділення поліції повноваженнями, необхідними для виконання покладених на неї завдань, у тому числі в умовах воєнного стану. Можемо зробити висновок, що органи НП під час дії режиму воєнного стану захищають національні інтереси (забезпечення конституційних прав і свобод громадян, участь у забезпеченні соціальної стабільності суспільства, екологічної безпеки, захисті суспільства від тероризму) з протидії воєнним загрозам. Під визначенням «забезпечення та здійснення заходів правового режиму воєнного стану» в Законі «Про Національну поліцію», можемо виділити наступні заходи: 1) посилений

[671] Юнін О. С. Особливості надання поліцейських послуг в умовах воєнного стану. *Наукові записки. Серія: право*. 2023. Вип. 14. URL: https://pravo.cusu.edu.ua/index.php/pravo/article/view/263/265

671

[672] Юріков О. О. Кримінальна відповідальність поліцейських за вчинення кримінальних правопорушень проти встановленого порядку несення військової служби (військових кримінальних правопорушень). *Нове українське право*. 2023. №2. URL: http://newukrainianlaw.in.ua/index.php/journal/article/view/472

672

режим охорони публічного порядку та безпеки; 2) боротьба з диверсійно-розвідувальними силами; 3) охорона стратегічно важливих об'єктів і комунікацій життєдіяльності; 4) забезпечення взаємодії суб'єктів територіальної оборони; 5) сприяння діяльності військової адміністрації, судів, прокуратури, судових органів в період дії воєнного стану[673].

З огляду на зазначене, варто вдосконалити формулювання КК стосовно осіб, «які під час дії воєнного *стану залучені до безпосередньої участі* у бойових діях», адже відповідно до частини четвертої статті 24 Закону «Про Національну поліцію», під час дії воєнного стану поліція особливого призначення в ході відсічі збройної агресії проти України за рішенням військового командування, погодженим з керівником поліції або уповноваженою ним особою, може брати участь в обороні України відповідно до Закону «Про оборону України» шляхом *безпосереднього ведення* бойових дій.

Крім того, відповідно до статті першої Закону «Про оборону України»[674], бойові дії — форма застосування з'єднань, військових частин, підрозділів (інших сил і засобів) ЗСУ, інших складових сил оборони, а також поліції особливого призначення НП для вирішення бойових (спеціальних) завдань в операціях або самостійно під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, виконання інших завдань із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння); воєнні дії — організоване застосування сил оборони та сил безпеки для виконання завдань з оборони України; район воєнних (бойових) дій — визначена рішенням Головнокомандувача ЗСУ частина сухопутної території України, повітряного або/та водного простору, на якій впродовж певного часу ведуться або/та можуть вестися воєнні (бойові) дії; військове формування — створена відповідно до законодавства України сукупність військових з'єднань і частин та органів управління ними, які комплектуються військовослужбовцями і призначені для оборони України, захисту її суверенітету, державної незалежності і національних інтересів, територіальної цілісності і недоторканності у разі збройної агресії, збройного конфлікту чи загрози нападу шляхом безпосереднього ведення воєнних (бойових) дій

673

674

[673] Муляр Г. В. Діяльність органів національної поліції України в умовах правового режиму воєнного стану. *Наук.й вісник Міжнар. гуманітарного ун-ту. Серія «Юриспруденція»*. 2023 № 61. URL: https://www.vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc61/26.pdf

[674] Про оборону України : Закон від 06.12.1991 № 1932-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12#Text

Варто зазначити, що проблематика розрізнення воєнних та бойових дій піднімається і у суміжних галузях права, зокрема в контексті оголошення особи померлою[675]. Також варто зазначити, що підзаконні нормативні акти оперують поняттям бойові дії, як, наприклад, Постанова КМУ «Деякі питання формування переліку територій, на яких ведуться (велися) бойові дії або тимчасово окупованих РФ» від 06.12.2022 №1364[676].

Насамкінець, зауважимо, що відповідно до статті 46[1]. Закону «Про Національну поліцію», поліцейські поліції особливого призначення під час дії воєнного стану в разі *залучення до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України, а також при виконанні завдань щодо участі в обороні держави* мають право застосовувати і використовувати зброю та бойову техніку в установлених для з'єднань, військових частин та підрозділів ЗСУ порядку та випадках.

Іншими словами, далеко не всі випадки залучення поліцейських поліції особливого призначення до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України підпадають під дію статті 401 КК в оновленій редакції.

У свою чергу, дискусія навколо змін, передбачених законом 4009, стосувалася доцільності «підвищення» статусу спеціаліста в кримінальному процесі разом із релевантним покладенням кримінально-правових обтяжень на рівні із експертами.

Автори законопроєкту обґрунтовували свою ідею таким чином: на сьогодні передбачення процедури надання довідки, висновку спеціалістом може допомогти уникнути можливих помилок у розслідуванні та судовому процесі. Висновки компетентного фахівця можуть виявити недоліки або не належність доказів, які впливають на правильність рішення. Також, аналіз діяльності слідчих підрозділів НП засвідчує, що одним з основних чинників, який уповільнює процес прийняття процесуальних рішень та негативно впливає на ефективність здійснення досудового розслідування в кримінальних провадженнях, особливо це стосується здійснення досудового розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних з кримінальними правопорушеннями проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку (розділ XX Особливої

675

676

[675] Дубенко В. І., Павлюченко Ю. М. Оголошення фізичної особи померлою під час воєнного стану. URL: https://jvestnik-sss.donnu.edu.ua/article/view/15796/15698

[676] Деякі питання формування переліку територій, на яких ведуться (велися) бойові дії або тимчасово окупованих Російською Федерацією : Постанова КМУ від 06.12.2022 № 1364. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1364-2022-%D0%BF#Text

частини КК), є значна завантаженість експертних установ і відсутність достатньої кількості експертів, які проводять судово-медичні, імунологічні, цитологічні, генетичні, будівельно-технічні, балістичні, вибухотехнічні експертизи, що значно затягує строки проведення досудового розслідування. Цілком логічним є наділення спеціалістів повноваженнями на здійснення таких досліджень, як це здійснюється під час досудового розслідування кримінальних проступків. НП у 2022 р. вилучено декілька тисяч вибухових пристроїв, виготовлених промисловим способом, зокрема ручні гранати, гранатометні постріли, артилерійські снаряди тощо. За такими об'єктами призначено декілька тисяч вибухотехнічних експертиз, результати яких будуть отримані орієнтовно через декілька років унаслідок недостатньої кількості експертів-вибухотехніків… Слід також враховувати, що в зв'язку з проведенням активних бойових дій на території Донецької та Луганської областей експертні установи евакуйовано на територію Дніпропетровської області, що призводить до тривалого проведення судових експертиз, а також несвоєчасного отримання результатів. На сьогодні суттєву допомогу на етапі огляду місця події надає застосування спеціалістами-криміналістами сучасного обладнання, отриманого з США. Це система експрес-аналізу ДНК на основі технології RAPID DNA — «ANDE 6 C», яка, протягом 90 хвилин може створювати інтерпретовані генетичні профілі з біологічних зразків. Ця лабораторія встановлює ДНКпрофіль людини за 27 локусами, що відповідає світовим стандартом в експертній діяльності. У даному ж випадку фактичне дослідження мікрочастин проводиться спеціалістами-криміналістами, які виконують свої повноваження виключно до нормативних документів, що регламентують діяльність органів досудового розслідування[677].

Фахівці ГНЕУ частково погодилися із необхідністю запровадження таких змін: можна погодитися з доречністю зазначених заходів винятково на період дії в Україні правового режиму воєнного стану. Однак, в цьому випадку відповідні зміни повинні були б бути внесені до ст. 615 КПК, яка регулює особливий режим кримінального провадження в умовах воєнного стану. Натомість, в мирний час недоречно наділяти спеціалістів невластивими їм повноваженнями. Адже, для ідентифікації особи, зброї, наркотичних речовин, вибухотехнічних пристроїв, предметів,

677

[677] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України з метою оптимізації залучення спеціалістів під час досудового розслідування, реєстр. № 10075 від 20.09.2023.URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=10075&conv=9

речовин і слідів вибуху проводиться судово-медична, дактилоскопічна, балістична експертизи[678].

Разом з тим, висновок ГНЕУ не торкається запропонованих змін до КК, на відміну від висновку Головного юридичного управління апарату ВРУ, який надається народним депутатам перед розглядом законопроєкту в сесійній залі у другому читанні.

Зокрема, особливу увагу було зроблено на сумнівності змін до КК: Насамперед звертаємо увагу, що, виходячи з назви законопроєкту, яка визначає предмет його правового регулювання, пропоновані ним зміни до КК України слід розглядати у контексті встановлення кримінальної відповідальності спеціалістів саме у кримінальному провадженні. Враховуючи особливості формулювання ознак суб'єкта передбачених зазначеними нормами КК злочинів, йдеться, зокрема про особу, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Втім, як вже зазначалося вище, спеціаліст — це статус виключно процесуальний, а не фаховий. Спеціаліст у кримінальному провадженні залучається як особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками (стаття 71 КПК), а не у зв'язку зі здійсненням нею відповідної професійної діяльності спеціаліста, пов'язаної з наданням публічних послуг. У зв'язку з цим визначення спеціаліста як особи, яка надає публічні послуги, та включення його до числа суб'єктів злочинів, передбачених частиною другою статті 358 «Підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів» та частиною першою статті 365^2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» КК, є необґрунтованим. Аналогічне зауваження стосується і пропонованих законопроєктом змін до статті 368^4 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» КК. До того ж відсутність у кримінальному процесуальному законодавстві чітких вимог (форма, реквізити) до документів, які складаються спеціалістом, а також щодо їх змісту, створює правову невизначеність для здійснення кваліфікації відповідних дій за частиною другою статті 358 КК (в редакції законопроєкту) щодо віднесення таких документів спеціаліста до числа офіційних, які посвідчують певні факти, що мають юридичне значення або надають певні права чи звільняють від обов'язків[679].

---

[678] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України з метою оптимізації залучення спеціалістів під час досудового розслідування. Там само.

[679] Проеєт Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України з метою оптимізації залучення спеціалістів під час досудового розслідування. Там само.

Стосовно тези про запровадження релевантних змін виключно на період воєнного часу, зауважимо, що в частині змін до КК це апріорі недоцільно, оскільки закладається механізм застосування зворотної сили закону після спливу періоду дії нової норми. Аналогічна проблема вже виникала під час пандемії, про що ми писали раніше[680].

Таким чином, на нашу думку, доцільним є розширення обставин, за наявності яких до поліцейських поліції особливого призначення застосовується відповідна норма, а саме у разі їх *залучення до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України, а також при виконанні завдань щодо участі в обороні держави.*

Законом № 3380 статті 416 і 417 КК було викладено в такій редакції:

«Стаття 416. Порушення правил польотів або підготовки до них

1. Порушення правил польотів або підготовки до них, а також порушення правил експлуатації літальних апаратів, що спричинило потерпілому тяжкі тілесні ушкодження або завдало матеріальної шкоди у великому розмірі, –

караються службовим обмеженням на строк до одного року або обмеженням волі на строк до двох років, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до одного року, або позбавленням волі на строк від двох до семи років.

2. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, що спричинило катастрофу або інші тяжкі наслідки, –

карається службовим обмеженням на строк до двох років або обмеженням волі на строк до п'яти років, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років, або позбавленням волі на строк від п'яти до п'ятнадцяти років.

Примітка. Матеріальною шкодою у великому розмірі у статтях 416 і 417 цього Кодексу вважається шкода, яка у шістсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Тяжкими наслідками у статтях 416 і 417 цього Кодексу вважаються наслідки, які полягають у заподіянні матеріальної шкоди (збитків) у вигляді безповоротної втрати літального апарату, корабля або якщо вартість відновлення (ремонту) літального апарату, корабля у шістдесят тисяч і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Стаття 417. Порушення правил кораблеводіння

[680] Гацелюк В. О. Криміналізація суспільно небезпечних діянь протягом дії Кримінального кодексу України 2001 року: останні сюжети на фоні загальної палітри законодавчих рішень. Київ. 2021. С. 82.

1. Порушення правил кораблеводіння, що спричинило потерпілому тяжкі тілесні ушкодження або завдало матеріальної шкоди у великому розмірі, –

карається службовим обмеженням на строк до одного року або обмеженням волі на строк до двох років, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до одного року, або позбавленням волі на строк від двох до семи років.

2. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, що спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, –

карається службовим обмеженням на строк до двох років або обмеженням волі на строк до п'яти років, або триманням у дисциплінарному батальйоні на строк до двох років, або позбавленням волі на строк від п'яти до п'ятнадцяти років».

Обґрунтування прийняття законопроєкту було наступним: з початком російсько-української війни, розпочалось масове бойове застосування спеціальної військової техніки, військової авіації, військових суден. У більшості випадків успіх виконання бойових завдань досягається високомайстерним управлінням чи пілотуванням та пов'язане зі смертельним ризиком для життя військовослужбовців та високим ризиком пошкодження або знищення техніки, а кожен такий випадок повинен розслідуватись належно особливому періоду та особливим умовам за яких діють військовослужбовці. Одночасно, визначені чинним КК види покарань за кримінальні правопорушення пов'язані із порушеннями правил експлуатації бойових чи спеціальних машин, виконання польотів чи підготовки до них, кораблеводіння є надмірно суворими, позбавлені належної альтернативності видів покарання та не враховують обставин та умов, за яких військовослужбовці виконують бойові завдання для відсічі агресора. Чинна редакція статей 415, 416 та 417 КК не забезпечує необхідну можливість обрання альтернативних санкцій при призначенні судом покарань під час притягнення до відповідальності військовослужбовців за порушення правил експлуатації бойових чи спеціальних машин, виконання польотів чи підготовки до них, а також — кораблеводіння з урахуванням ступеня тяжкості, вини та інших елементів складу кримінального правопорушення. На актуальність поставленого цим законопроєктом питання впливає також фактор того, що чисельність таких порушень зростає, що в кінцевому результаті може призвести до того, що військовослужбовці з відповідним досвідом, вміннями та навичками експлуатації бойової техніки та літаків можуть бути позбавлені можливості використовувати цей досвід та знання для забезпечення відсічі агресору. Більше того, специфічні та унікальні

навички осіб льотного складу є вкрай необхідними і незамінними як безпосередньо зараз, на полі бою (та в небі над ним), так і після завершення війни, оскільки ці особи мають навчати нове покоління пілотів та військовослужбовців, яке забезпечуватиме безпеку нашої держави на роки вперед. Крім того, ризик юридичної відповідальності (від 5 до 15 років позбавлення волі)за втрату літака у бойових умовах може нести негативний вплив на морально-психологічний стан військовослужбовців, які виконують надскладні та ризикові бойові завдання щодня[681].

Фактично, автори законопроєкту пропонували: лібералізувати санкції у статті 415 КК; у статтях 416–417 КК основний склад злочину визначити кваліфікованим із одночасною лібералізацією санкцій; новий основний склад злочину визначити через настання менш тяжких наслідків, що раніше могло кваліфікуватися за «загальними» нормами (наприклад, необережне спричинення тяжких тілесних ушкоджень). Тобто тут варто говорити про квазікриміналізацію через включення певних правопорушень до складу спеціальних норм.

ГНЕУ зауважило в цій частині, що законопроєктом пропонується доповнити ст. 416 КК приміткою, у якій розкривається зміст понять «матеріальна шкода у великому розмірі» та «тяжкі наслідки» для цілей застосування ст. ст. 416 та 417 КК. Так, матеріальною шкодою у великому розмірі у ст. ст. 416 та 417 КК має вважатися шкода, яка у шістсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а тяжкими наслідками у зазначених статтях КК — вважатиметься шкода (збитки) у вигляді безповоротної втрати літального апарату, корабля або у випадку, коли вартість відновлення (ремонту) літального апарату, корабля у шістдесят тисяч і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Проте, зі змісту пропонованої примітки до ст. 416 КК неможливо з'ясувати, який саме критерій був покладений в основу виокремлення у вказаних кримінально-правових нормах саме таких розмірів матеріальної шкоди. Звернення до інших норм, розташованих, як і статті 416 та 417 КК, у розділі XIX «Кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення)» Особливої частини КК свідчить про використання законодавцем для позначення спричинення

681

[681] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо удосконалення положень чинного законодавства в частині кримінальної відповідальності за скоєння військових кримінальних правопорушень пов'язаних із порушеннями правил експлуатації бойових чи спеціальних машин, виконання польотів чи підготовки до них, кораблеводіння, реєстр. № 9325 від 25.05.2023. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=9325&conv=9

матеріальної шкоди внаслідок вчинення тих чи інших кримінальних правопорушень понять «істотної шкоди» та «тяжких наслідків». Зокрема, відповідно до п. 2 примітки до ст. 425 КК у ст. ст. 425 «Недбале ставлення до військової служби» та 426 «Бездіяльність військової влади» істотною шкодою, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається шкода, яка в двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а тяжкими наслідками за тієї самої умови вважається шкода, яка в п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян[682].

Статистика кримінальних проваджень за статтями 415–417 за період 2022–2024 роки наступна[683]:

Стаття 415: обліковано 972 провадження, скеровано до суду 107 справ, засуджено 114 осіб, з яких звільнено від покарання 70 осіб

Стаття 416: обліковано 55 проваджень, жодне до суду не скеровано.

Стаття 417: обліковано 4 провадження, скеровано до суду 1.

Жодного провадження за цей період не обліковано за статтею 336^2, якорю КК було доповнено Законом 3687.

Цей Закон криміналізував ухилення від прийняття на військову службу за контрактом особою, яку під час проведення мобілізації та/або дії воєнного стану звільнено умовно-достроково від відбування покарання для проходження військової служби.

Дане кримінальне правопорушення мало врегулювати ситуації порушення особами умов нового кримінально-правового інституту: Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання для проходження військової служби.

Під час підготовки законопроєкту на друге читання криміналізація «ухилення від проходження військової служби» була змінена на криміналізацію «ухилення від прийняття на військову службу».

Нова норма КК не отримала зауважень від фахівців ГНЕУ, натомість Головне юридичне управління Апарату ВРУ висловило зауваження: Передусім слід зазначити, що назва статті є значно ширшою за її диспозицію, тобто некоректно відображає предмет регулювання статті. В частині використання слів «ухилення від прийняття» слід звернути увагу, що

[682] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо удосконалення положень чинного законодавства в частині кримінальної відповідальності за скоєння військових кримінальних правопорушень пов'язаних із порушеннями правил експлуатації бойових чи спеціальних машин, виконання польотів чи підготовки до них, кораблеводіння. Там само.

[683] CrimeTracer — швидкий огляд статистичних даних щодо протидії окремим кримінальним правопорушенням. URL: https://crimedatalab.shinyapps.io/platform/

683

за такої редакції суб'єктом відповідного складу злочину виступатиме не особа, що умовно-достроково звільнена від відбування покарання для проходження військової служби за контрактом, а особа, уповноважена на підписання контракту від імені ЗСУ, оскільки прийняття особи на військову службу, тобто оформлення — це адміністративна функція саме уповноважених підрозділів ЗСУ. Натомість, на нашу думку, кримінальна відповідальність має наставати за ухилення або відмову від укладення контракту для проходження військової служби, особою, що умовно-достроково звільнена від відбування покарання для проходження військової служби за контрактом, оскільки укладення відповідного контракту є основною умовою такого звільнення. При цьому положення законопроєкту мали б містити вказівку на період часу, протягом якого такий контракт має бути підписаний після набрання відповідним рішенням суду законної сили[684].

З цього приводу зазначимо, що інститут «прийняття на військову службу за контрактом» детально прописаний у Закон «Про військовий обов'язок і військову службу»[685] і з огляду на те, що суб'єкт злочину чітко прописаний, можна зробити висновок, що норма стосується виключно дій однієї зі сторін укладення відповідного контракту.

Законом № 4012, що був прийнятий у зв'язку із ратифікацією РС, серед іншого, КК було доповнено такою нормою:

«**Стаття 31**[1]. Кримінальна відповідальність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників

1. Військовий командир або інша особа, яка фактично діє як військовий командир, підлягає кримінальній відповідальності за будь-який із злочинів, передбачених статтями 437–439, 442 і 442[1] цього Кодексу, що вчинений підлеглою особою, яка перебувала на момент вчинення злочину під його фактичним командуванням і контролем або, залежно від обставин, під його фактичною владою і контролем, внаслідок нездійснення ним належного контролю над такою особою, якщо при цьому військовий командир або інша особа, яка фактично діє як військовий

684 [684] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального, Кримінально-виконавчого кодексів України та інших законів України щодо запровадження інституту умовно-дострокового звільнення осіб від відбування покарання для безпосередньої їх участі у обороні країни, захисті її незалежності та територіальній цілісності, реєстр. № 11079-1 від 28.03.2024. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=11079-1&conv=9

685 [685] Про військовий обов'язок і військову службу : Закон від 25.03.1992 № 2232-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2232-12#Text

командир, знав або, зважаючи на обставини, що склалися на той час, повинен був і міг знати, що зазначена підлегла особа вчинила або мала намір вчинити такий злочин, проте не вжив дій, які повинен був і міг вжити у межах своїх повноважень для запобігання чи припинення вчинення злочину або для повідомлення про такий злочин компетентного органу.

2. Начальник, правовий статус якого не визначений частиною першою цієї статті, підлягає кримінальній відповідальності за будь-який із злочинів, передбачених статтями 437–439, 442, 442[1] цього Кодексу, якщо такий злочин стосувався діяльності, що підпадала під його фактичну відповідальність і контроль, та був вчинений підлеглою особою, яка на момент вчинення злочину перебувала під його фактичною владою і контролем, внаслідок нездійснення таким начальником належного контролю над такою підлеглою особою, якщо при цьому він знав або повинен був знати, або свідомо проігнорував інформацію, що явно вказувала на те, що підлегла особа вчиняла або мала намір вчинити такий злочин, але не вжив заходів, яких повинен був і міг вжити у межах своїх повноважень для запобігання чи припинення вчинення злочину або для повідомлення про такий злочин компетентного органу.

3. Військовий командир або інша особа, яка фактично діє як військовий командир, інший начальник у випадках, передбачених частинами першою і другою цієї статті, підлягає кримінальній відповідальності згідно з відповідною частиною цієї статті та статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу, що передбачає кримінальну відповідальність за злочин, вчинений підлеглою особою.

Примітка. 1. Для цілей цієї статті під військовим командиром слід розуміти особу, яка на законних підставах уповноважена здійснювати командування та контроль над однією чи більше підлеглими особами, які беруть участь у бойових діях та належать до збройних сил держави.

2. Для цілей цієї статті під іншою особою, яка фактично діє як військовий командир, слід розуміти особу, під владою та контролем якої у зв'язку з веденням бойових дій перебувають одна чи більше підлеглих осіб, які беруть участь у бойових діях та не належать до збройних сил держави.

3. Для цілей цієї статті під начальником слід розуміти особу, не зазначену у пунктах 1 і 2 примітки до цієї статті, яка обіймає посаду чи перебуває у становищі, що надає владні повноваження (владу) та контроль над однією чи більше підлеглими особами»;

На погляд В. Киричка, в ст. 31[1] КК ідеться не про співучасть, а про причетність до вчинення будь-якого із злочинів, передбачених статтями 437–439, 442, 442[1] КК, в якій відсутні ознаки співучасті.

Цей висновок дозволяє виявити і правильно осмислити основний недолік імплементації положень ст. 28 РС до КК, який можна назвати як грубе порушення системності КК при включенні до нього ст. 31[1]. Цей недолік виявляється при правильному осмисленні змісту положень ч. 3 цієї статті КК, відповідно до якої військовий командир або інший начальник «підлягає кримінальній відповідальності згідно з відповідною частиною цієї статті та статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу, що передбачає кримінальну відповідальність за злочин, вчинений підлеглою особою»… У розглядуваному контексті для причетності до злочинів, про яку йдеться в ст. 311 КК, «повністю непридатним» є словосполучення «підлягає кримінальній відповідальності за будь-який із злочинів, передбачених статтями 437–439, 442 і 442[1] цього Кодексу, що вчинений підлеглою особою», що міститься в ч. 1 ст. 311 КК (аналогічне словосполучення є і в ч. 2 цієї статті). Оскільки таке словосполучення включено до диспозицій ч. ч. 1 і 2 ст. 311 КК, то вони стосуються підстав відповідальності. У такому значенні це словосполучення має виправдання в тексті ст. 28 РС і може бути використане стосовно системи КК, якщо йдеться про дії організатора організованої групи чи злочинної організації (ч. 1 ст. 30 КК). Однак у контексті причетності до злочинів воно є неправильним, оскільки підставою для відповідальності командирів та інших начальників за ч. ч. 1 і 2 ст. 311 КК виступає нездійснення ними належного контролю над підлеглою особою, наслідком чого було вчинення останньою злочину. Тобто йдеться про відповідальність не за злочинні дії підлеглої особи, а за свою злочинну бездіяльність, наслідком якої було вчинення останньою злочину.

Отже, із викладеного можна зробити такі висновки: 1) включення ст. 311 до розділу VI «Співучасть у кримінальному правопорушенні» Загальної частини КК здійснено з грубим порушенням системності КК; 2) така кримінально-правова норма повинна бути включена до розділу XX Особливої частини КК як окрема стаття, в якій слід передбачити покарання менш суворе, ніж в статтях 437–439, 442, 442[1] КК, яке відповідатиме тяжкості вчиненого злочину[686].

Те, що з точки зору дослідника таким чином відбулася криміналізація, також випливає з наступної його тези: за конструкцією об'єктивної сторони злочини, передбачені ч. ч. 1 і 2 ст. 31[1] КК, є матеріальними і

[686] Киричко В. М. Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 2012 КК) : проблеми системного тлумачення та практичного застосування і шляхи їх вирішення. Там само.

вважаються закінченими з моменту вчинення підлеглою особою хоча б одного із злочинів, передбачених статтями 437–439, 442, 442[1] КК[687].

Як зазначається у літературі, на сучасному етапі свого розвитку доктрина кримінального права містить тенденцію виокремлення таких основних видів причетності до злочину: заздалегідь не обіцяне приховування злочину, злочинця та наслідків злочину; заздалегідь не обіцяне придбання, отримання чи збут майна, здобутого злочинним шляхом; заздалегідь не обіцяне потурання злочину; заздалегідь не обіцяне недонесення про достовірно відомий злочин[688].

Дослідники зазначають, що чинний КК передбачає окремі випадки причетності до злочину, в Особливій частині передбачені лише деякі склади діянь за вчинення яких застосовується кримінальна відповідальність[689]. Відрізняють чотири види причетності до злочину: 1) заздалегідь не обіцяне приховування злочину, злочинця та наслідків злочину; 2) заздалегідь не обіцяне придбання чи збут майна, здобутого злочинним шляхом; 3) заздалегідь не обіцяне потурання злочину; 4) недонесення про достовірно відомий підготовлюваний або вчинюваний злочин[690].

Це цілком відповідає історичній традиції встановлення підстав для відповідальності за причетність на більшості сучасних українських земель[691].

О. Смушак та Б. Дердюк зазначають, що більшість авторів притримується думки, що поняття причетності охоплює три види злочинної діяльності: 1) приховування; 2) неповідомлення; 3) потурання, і серед ознак причетності[692] дослідники виділяють такі: по-перше, це суспіль-

---

[687] Киричко В .М. Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 2012 КК) : проблеми системного тлумачення та практичного застосування і шляхи їх вирішення. Там само.

[688] Лазаренко В. В. Місце приховування кримінального правопорушення в інституті причетності до злочину. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. №7. URL: http://lsej.org.ua/7_2021/87.pdf

[689] Пілявська Л. М. Заздалегідь не обіцяне приховування злочину, злочинця та наслідків злочину як один із видів причетності до злочину. *Актуальні проблеми держави і права.* Одеса. 2012. Вип. 68. URL: http://www.apdp.in.ua/v68/90.pdf

[690] Кримінальне право України. Загальна частина : підручник. Харків. 2010. С. 235.

[691] Беніцький А.С. Відповідальність за причетність до злочину та співучасть у злочині згідно з кримінальним законодавством Російської імперії (друга половина XIX — початок XX століття). *Інформація і право*. 2013. №3 (9). URL: http://il.ippi.org.ua/article/view/272390

[692] Причетність до кримінального правопорушення — це умисна дія або бездіяльність, яка посягає на суспільну безпеку, передбачена кримінальним законом і пов'язана із закінченим кримінальним правопорушенням або діями, які утворюють незакінчене

но небезпечне діяння (дія або бездіяльність) причетних осіб, не будучи співучастю в кримінальному правопорушенні, завжди пов'язана із цим кримінальним правопорушенням. Це проявляється в тому, що особа, яка дізналася про вчинення кримінального правопорушення й переховує злочинця, не повідомляє компетентні органи про те, що вона бачила, або про те, що готується кримінальне правопорушення, при цьому не протидіяла вчиненню цього кримінального правопорушення, маючи таку можливість. По-друге, діяльність причетних осіб хоча й пов'язана з учиненням кримінального правопорушення, але не є й не може вважатися причиною злочинного результату. Ця діяльність не знаходиться в причинному зв'язку з фактом учинення кримінального правопорушення. По-третє, інститут причетності до кримінального правопорушення полягає в тому, що ця діяльність пов'язана зі злочинами третіх осіб[693].

На думку А. А. Солдатенко, причетність як інститут кримінального права до певного часу розвивалася в межах вчення про співучасть у злочині. Співучасть передбачає спільну умисну участь двох і більше суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину, а у разі причетності основне (первинне) посягання вчиняється одним суб'єктом злочину, а причетне до нього діяння — іншим суб'єктом. Ці два суб'єкти не можуть збігатися в одній особі. Суспільно-небезпечна діяльність співучасників перебуває у причинному зв'язку із спільним для усіх них злочинним результатом. Такий зв'язок відсутній у причетності за винятком злочинного потурання. Також причетність перебуває у причинному зв'язку з суспільно небезпечними наслідками основного посягання, якщо вона вчинена після початку первинного діяння, однак до його завершення. Насамперед це стосується продовжуваних злочинів і злочинів з так званим матеріальних складом, коли настання суспільно небезпечних наслідків після вчинення діяння відстрочене у часі[694].

Цікаво, що Л. М. Абакіна-Пілявська ще у 2014 р. в результаті підготовки дисертаційного дослідження дійшла висновків про те, що

кримінальне правопорушення, не сприяють його підготовці й учиненню, а отже, не знаходяться в причинному зв'язку зі злочинним результатом.

693

[693] Смушак О., Дердюк Б. До питання про зміст поняття «причетність до кримінального правопорушення». *Підприємництво, господарство і право.* 2021. №3. URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2021/3/40.pdf

694

[694] Солдатенко А. А. Відмежування причетності до злочину від співучасті. *Часопис Київського університету права.* 2014. № 4. URL: http://jnas.nbuv.gov.ua/j-pdf/Chkup_2014_4_66.pdf

причетність до злочину — це умисне або необережне протиправне діяння (дія чи бездіяльність) без ознак співучасті, що пов'язане з основним (попереднім) злочином, яке не сприяє та не обумовлює його вчинення. 2. Кримінально-правовий інститут причетності до злочину визначається як сукупність правових норм, закріплених у рамках окремого розділу Загальної частини КК, спрямованих на врегулювання суспільних відносин, які виникають із приводу умисних або необережних протиправних діянь без ознак співучасті, що пов'язані з основним (попереднім) злочином, але не сприяли та не обумовлювали його вчинення. Зу рахуванням особливостей внутрішньої побудови кримінального законодавства, його поділу на відповідні структурні елементи, нормативне врегулювання причетності до злочину вбачається необхідним лише як самостійний інститут кримінального закону. Такий підхід повною мірою відповідає вимогам кодифікації та систематизації КК, послідовному та об'єктивному викладу нормативного матеріалу, що має допомогти оптимізувати юридичну техніку та алгоритм правозастосовчої діяльності, зорієнтувати органи правоохоронної діяльності на підвищення ефективності реалізації норм щодо причетності до злочину, надати можливість повною мірою використовувати превентивний потенціал указаного інституту кримінального права. 3. На підставі аналізу генезису процесу становлення інституту причетності до злочину у вітчизняному законодавстві, наукової доктрини, досвіду зарубіжних країн та емпіричної бази визначено 4 основні види причетності до злочину: заздалегідь не обіцяне приховування злочину, злочинця та наслідків злочину: заздалегідь не обіцяне придбання, отримання чи збут майна, здобутого злочинним шляхом: заздалегідь не обіцяне потурання злочину та заздалегідь не обіцяне недонесення про злочин.

Авторка пропонувала якраз додати статті 31^1–31^3 КК для врегулювання питань причетності, зокрема наступне:

Причетність до злочину 1. Причетність до злочину — це умисне або необережне протиправне діяння (дія або бездіяльність) без ознак співучасті, що пов'язане з основним (попереднім) злочином, яке не сприяє та не обумовлює його вчинення. 2. Причетність до злочину невеликої тяжкості не є кримінально караною дією чи бездіяльністю. 3. Причетність до злочину середньої тяжкості визнається кримінальним проступком. 4. Причетність до тяжкого чи особливо тяжкого злочину визнається злочином. Примітка: Основний (попередній) злочин — це суспільно небезпечне діяння, передбачене Особливою частиною цього Кодексу, яке передувало вчиненню причетного діяння та з приводу

якого виникає причетність до злочину. Причетність до основного (попереднього) злочину може виникати на стадії його готування, замаху або закінченого злочину[695].

Особливістю ситуації з військовими командирами є: 1) відносини контролю (влади) між командиром та підлеглим; 2) нездійснення належного контролю з боку командира, яке стало причиною (призвело) до вчиненні підлеглим злочину; 3) обізнаність (або недбалість щодо цього) про підготовки чи вчинення підлеглим злочину; 4) невжиття дій, які командир повинен був і міг вжити у межах своїх повноважень для запобігання чи припинення вчинення злочину або для повідомлення про такий злочин компетентного органу.

З огляду на наведене, вважаємо, що відповідальність, передбачена статтею 31[1] КК, не є ані формою співучасті, ані причетності (принаймні, жодною з «традиційних» форм причетності). Зокрема, навряд чи можна це вважати потуранням злочину (умисне заздалегідь не обіцяне не перешкоджання достовірно відомому злочину, що готується або вчиняється у випадках, коли потурач міг йому перешкодити[696]) або недонесенням (умисне заздалегідь не обіцяне неповідомлення відповідним державним органам достовірної відомої інформації про готування злочину, його вчинення чи вже закінчений злочин, даних про особу, яка вчинила злочин, обставин вчинення злочину[697]).

Цікаво, що Головне юридичне управління апарату ВРУ вважає такі дії співучастю і, пропонуючи редакцію норми із зазначенням, що командир підлягає кримінальній відповідальності «як співучасник», зазначало: імплементація такого виду відповідальності, передбаченої статтею 28 РС, не враховує приписи частини другої статті 61 Конституції України щодо принципу індивідуального характеру юридичної відповідальності особи, основним змістом якого є неможливість притягнення особи до відповідальності за діяння, які вона не вчиняла. Натомість, положення зазначеної статті РС з дотриманням приписів Основного Закону України та загальних принципів кримінальної

695

[695] Абакіна-Пілявська Л. М. Інститут причетності до злочину в кримінальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса. 2014. 20 с. URL: https://dspace.onua.edu.ua/items/7ce75902-c050-4dc1-8cde-e30411b499b6

[696] Абакіна-Пілявська Л. М. Інститут причетності до злочину в кримінальному праві України. Там само.

[697] Абакіна-Пілявська Л. М. Інститут причетності до злочину в кримінальному праві України. Там само.

відповідальності, передбачених КК, можна було б врахувати за допомогою механізмів інституту співучасті у кримінальному правопорушенні[698].

На нашу думку, є підстави для виділення окремого складу злочину, але не в межах Загальної частини, а в Розділі Особливої частини, де закріплені статті про злочини підлеглих.

Також, законом № 4012 статтю 376 КК доповнено приміткою такого змісту:

«Примітка. Під судом і суддями у статтях 376–379, 382 цього Кодексу слід, крім судів і суддів України, розуміти також і МКС, його суддів і посадових осіб», а статтю 384 — доповнити приміткою такого змісту:

«Примітка. Особа підлягає кримінальній відповідальності за вчинення нею діянь, передбачених статтями 384–386 цього Кодексу, також у випадках вчинення таких діянь у провадженні, що здійснюється МКС»;

Відповідно, криміналізація релевантних дій була розширена через включення до кола потерпілих нових суб'єктів та через визнання кримінально-караними певних дій у провадженнях МКС.

На думку В. Киричка, у статтях 376 і 382 КК, де йдеться про суд, поширення їх дії на Міжнародний кримінальний суд не викликає заперечень. Але ж в статтях 376, 377, 378 і 379 КК ідеться про суддів. Рішення законодавця про те, що під суддями в цих статтях слід розуміти суддів Міжнародного кримінального суду також не викликає заперечень. Однак не можна погодитись з тим, що поняттям «суддя» охоплюється посадові особи Міжнародного кримінального суду. У РС розрізняються поняття «суддя» і «посадова особа» (Прокурор, Секретар та інші) і в самій примітці ці категорії осіб названі як окремі. Для виправлення цієї помилки необхідно виключити із КК примітку до ст. 376 КК, а натомість вказати безпосередньо в диспозиціях ст. 376[1] та 182 КК на МКС, а в статтях 376, 377, 378 і 379 КК — на суддів та інших посадових осіб МКС[699].

На нашу думку, таким чином законодавець прагнув продемонструвати суспільну значущість діяльності МКС та надати всім особам, що беруть участь у відповідній його діяльності належний кримінально-правовий захист.

---

[698] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього, реєстр № 11484 від 15.08.2024. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=11484&conv=9

698

[699] Киричко В. М. Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 2012 КК) : проблеми системного тлумачення та практичного застосування і шляхи їх вирішення. Там само.

Також в межах закону № 4012 законодавець зробив наступне: статтю 442 виклав в такій редакції:

«Стаття 442. Геноцид

1. Геноцид, тобто діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення національної, етнічної, расової чи релігійної групи як такої шляхом: 1) позбавлення життя членів цієї групи; 2) заподіяння членам групи серйозної шкоди; 3) створення для групи життєвих умов, спрямованих на повне чи часткове її фізичне знищення; 4) впровадження заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню в такій групі; 5) насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу, -

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

2. Прямі та публічні заклики до вчинення діянь, передбачених частиною першою цієї статті, проголошені з метою повного або часткового знищення національної, етнічної, расової чи релігійної групи як такої, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких діянь з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів –

караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

Примітка. Для цілей цієї статті під серйозною шкодою слід розуміти заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або тілесних ушкоджень середньої тяжкості, вчинення зґвалтування або інших форм сексуального насильства, заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання»;

та доповнив КК статтею 442^1 такого змісту:

«Стаття 442^1. Злочини проти людяності

1. Умисне вчинення в межах широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення: 1) переслідування будь-якої групи або спільноти, яка може бути ідентифікована, тобто обмеження прав людини за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, статевими або іншими підставами (ознаками) дискримінації, визначеними міжнародним правом як неприпустимі; 2) депортації населення, тобто примусового і за відсутності підстав, передбачених міжнародним правом, переміщення (виселення) відповідної групи осіб з території, на якій вони законно перебували, на територію іншої держави; 3) насильницького переміщення населення, тобто примусового і за відсутності підстав, передбачених міжнародним правом, переміщення (виселення) відповідної групи осіб з території, на якій вони законно перебували, до іншої місцевості у межах однієї держави; 4) зґвалтування, сексуальної експлуатації, примушування до зайняття проституцією, примусової вагітності, примусової стерилізації або будь-яких

інших форм сексуального насильства; 5) обернення в рабство або торгівлі людьми; 6) насильницького зникнення; 7) незаконного позбавлення волі; 8) катування; 9) інших умисних нелюдських діянь подібного характеру, які супроводжуються заподіянням сильних страждань, середньої тяжкості або тяжких тілесних ушкоджень чи серйозної шкоди психічному або фізичному здоров'ю, –

карається позбавленням волі на строк від семи до п'ятнадцяти років.

2. Умисне вчинення в межах широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення злочину апартеїду, винищення, вбивств –

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

Примітка. 1. Для цілей цієї статті під нападом на цивільне населення слід розуміти багаторазове (два і більше разів) вчинення будь-якого з діянь, зазначених у цій статті, проти цивільного населення на виконання або на підтримку політики держави чи організації, що спрямована на вчинення такого нападу.

2. Для цілей цієї статті під насильницьким зникненням слід розуміти арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або з приховуванням даних про долю такої людини чи місце її перебування, а так само відмову від визнання факту арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі чи приховування даних про долю такої людини чи місце її перебування.

3. Термін «злочин апартеїду» у цьому Кодексі вживається у значенні, наведеному в Міжнародній конвенції про припинення злочину апартеїду та покарання за нього від 30.11.1973.

4. Для цілей цієї статті під винищенням слід розуміти позбавлення життя однієї чи більше осіб шляхом умисного створення життєвих умов, спрямованих на знищення частини населення, у тому числі шляхом позбавлення доступу до води, продуктів харчування або лікарських засобів.

5. Для цілей цієї статті під катуванням слід розуміти умисне заподіяння особі сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання»;

В. Киричко зазначав: імплементація положень ст. 6 РС про геноцид до ст. 442 КК має негативний наслідок у вигляді збільшення змістовної невідповідності між цими статтями; 9) імплементація положень ст. 7 РС про злочини проти людяності у вигляді доповнення КК статтею 442[1] КК

має одночасно два види наслідків: а) позитивний — нарешті така норма з'явилась в КК, і б) негативний — ст. 442[1] КК має багато змістовних невідповідностей положенням ст. 7 РС (мною запропоновано вирішення цього питання)[700].

Щодо статті 442 КК варто зауважити, що між першим та другим читанням норма законопроєкту в цій частині була суттєво змінена.

Якщо на етапі першого читання пропонувалося частину першу статті 442 після слів «тілесних ушкоджень» доповнити словами «або психічного розладу», то за результатами другого читання стаття 442 була викладена в суттєво оновленій редакції.

Зокрема, до способів вчинення злочину геноциду стало відноситися заподіяння тілесних ушкоджень середньої тяжкості, вчинення зґвалтування або інших форм сексуального насильства, заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання, тобто «поріг» злочинів, які становлять елементи геноциду було суттєво знижено.

Що стосується статті 442[1], варто визначитися, наскільки суттєвим був елемент криміналізації як результат ухвалення відповідного закону. В цьому контексті наведемо позицію ГНЕУ: встановлюючи кримінальну відповідальність за злочини проти людяності, варто враховувати, що перелічені у ч. 1 нової ст. 442[1] КК суспільно небезпечні діяння вже передбачені в інших статтях КК як самостійні злочини. При цьому покарання за деякі з них є більш суворим, аніж пропонується передбачити за такі ж діяння, умисно вчинені винною особою в межах усвідомленого широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне 5 населення (ч. 1 нової ст. 442[1] КК). Наприклад, за вчинення торгівлі людьми, якщо таке діяння спричинило тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 149 КК), суд (суддя) може призначити покарання у виді позбавлення волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна, а за торгівлю людьми, вчинену умисно в межах усвідомленого широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення, — у виді позбавлення волі на строк від семи до п'ятнадцяти років. Частиною 2 нової статті 442[1] КК передбачена відповідальність за умисне вчинення в межах усвідомленого широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення, апартеїду, винищення, вбивства. Зважаючи на те, що під «винищенням» слід розуміти

[700] Киричко В. М. Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 2012 КК) : проблеми системного тлумачення та практичного застосування і шляхи їх вирішення. Там само.

позбавлення життя хоча б однієї людини шляхом умисно створених життєвих умов, спрямованих на знищення частини населення (п. 4 примітки до нової ст. 442[1] КК), а під «вбивством» — умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині (ч. 1 ст. 115 КК), розрізнити між собою вбивство та винищення в контексті ч. 2 нової ст. 442[1] КК буде вкрай складно. Окрім того, аналіз положень ст. 7 (Злочини проти людяності) РС свідчить, що під винищенням у межах усвідомленого широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення слід розуміти умисне створення умов життя, розрахованих на те, щоб знищити частину населення[701].

У свою чергу, ГЮУ використало формулювання «уточнення криміналізації»: низка положень законопроєкту (зміни до статей 437, 438, 442, нова стаття 442[1] КК) пов'язана з необхідністю уточнення криміналізації діянь у зв'язку із ратифікацією РС та поправок до нього… національне кримінальне законодавство має бути узгоджене зі складами злочинів, що підпадають під юрисдикцію Суду, тобто найбільш тяжкими злочинами, які викликають занепокоєння всього міжнародного співтовариства: злочин геноциду; злочини проти людяності; воєнні злочини; злочин агресії. Відсутність подібної синхронізації не сприятиме реалізації принципу сумлінного виконання міжнародно-правових зобов'язань, закріпленого статтею 18 Конституції України. У зв'язку з наведеним, на нашу думку, зміни до статей 437 та 438, а також редакція нової статті 442[1] КК не враховують наведених вище вимог і потребують доопрацювання[702]. Юристами парламенту було запропоновано власні редакції статей 437, 438, 442[1] КК, але вони не були повністю враховані при прийнятті законопроєкту в другому читанні.

Відсутність в чинному КК кримінально-правової норми, яка б передбачала відповідальність за злочини проти людяності, спонукала органи влади до законодавчих ініціатив щодо врегулювання цієї проблеми, пише С. Репецький[703]. Очевидно, це дещо спрощене розуміння сукупності факторів, які призвели до появи відповідної норми у тексті КК.

---

[701] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього. Там само.

[702] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього. Там само.

[703] Репецький С. П. Відповідальність за злочини проти людяності в міжнародному та національному кримінальному законодавстві. *Наук.-інформац. вісник Івано-Франківського ун-ту права ім. Короля Данила Галицького. Серія Право*. 2023. Вип. 16 (28). URL: https://

У свою чергу, інші автори підкреслюють, що чинне законодавство України не передбачає елементів злочину проти людяності, які зазначені у РС, і це може унеможливити притягнення організаторів та виконавців злочинів до відповідальності перед судом за міжнародним правом. Внесення змін до кримінального законодавства України, що стосуються злочинів проти людяності, створить правове середовище для кримінального переслідування таких злочинів, а також буде сприяти ефективному кримінальному покаранню. Також, необхідно додати злочини проти людяності до списку злочинів, до яких не застосовуються строки давності, що забезпечить більшу юридичну визначеність і конкретність у цій сфері[704].

Вперше визначення злочинів проти людяності як категорії злочинів проти міжнародного права містилося в статті 6 (с) Статуту Нюрнберзького трибуналу: «злочини проти людяності, а саме: вбивства, винищення, поневолення, заслання та інші жорстокості, вчинені стосовно цивільного населення до чи під час війни, або переслідування з політичних, расових чи релігійних мотивів із метою здійснення або у зв'язку з будь-яким злочином, що підлягає юрисдикції Трибуналу, незалежно від того, чи були ці дії порушенням внутрішнього права країни, де їх було вчинено, чи ні»[705].

М. Корабель та А. Поляков зазначали, що в національному законодавстві знайшло своє відображення положення Женевських конвенцій та РС щодо криміналізації грубого порушення норм МГП. Так, Міжнародні злочини в Статуті МКС та КК: Злочин агресії (ст. 5 (2) Статуту МКС) в КК закріплено в ст. 436, 436², 437. Злочин геноциду (ст. 6 Статуту МКС) в КК закріплено в ст. 442. Воєнні злочини (ст. 8 Статуту МКС) в КК закріплено в ст. 438. Злочини проти людяності (ст. 7 Статуту МКС) не знайшли свого відображення в XX розділі КК «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку», вони знаходяться в різних розділах Особливої частини КК.[706]: напри-

703

704 visnyk.iful.edu.ua/wp-content/uploads/2023/12/%D0%A0%D0%B5%D0%BF%D0%B5%D1%86%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9.pdf

[704] Ругало Ю. І. Концепт злочинів проти людяності в сучасному міжнародному праві : дис. … доктора філос. Одеса. 2023. 302 с. URL: https://dspace.onua.edu.ua/server/api/core/bitstreams/f0ec278d-b6b1-4b54-a42d-5302861dd926/content

705

[705] Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осіб. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/140950___140950

706

[706] Корабель М. Г., Поляков А. О. Правові аспекти кваліфікації злочинів проти людяності в умовах війни російської федерації проти України. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2023. № 4. URL: http://lsej.org.ua/4_2023/136.pdf

клад, ст. 115 «Умисне вбивство», ст. 127 «Катування», ст. 146 «Незаконне позбавлення волі або викрадення людини», ст. 146[1] «Насильницьке зникнення», ст. 149 «Торгівля людьми», ст. 152 «Зґвалтування», тощо)[707].

А. В. Андрушко зазначає, що концепція злочинів проти людяності пройшла певну еволюцію, яка стосувалася розширення конкретних видів діянь, що входять до цієї категорії, а також її сутнісних ознак: напад на цивільне населення; наявність/відсутність зв'язку зі збройним конфліктом; широкий масштаб і систематичність нападів; охоплення рамками протиправної політики, що проводиться державою чи організацією. Ключовими сутнісними ознаками злочинів проти людяності на сьогодні є: 1) спрямованість проти будь-якого цивільного населення; 2) широкомасштабний або систематичний характер нападу; 3) відсутність необхідного зв'язку з ситуацією збройного конфлікту.… Чинному вітчизняному кримінальному законодавству, на відміну від законодавства більшості розвинутих держав світу, не відома концепція злочинів проти людяності. При цьому КК передбачає відповідальність за цілий ряд перерахованих у ч. 1 ст. 7 РС діянь, однак відповідні кримінально-правові заборони розміщені не в розділі XX Особливої частини, а в інших розділах кримінального закону. Йдеться, таким чином, про загальнокримінальні злочини, які, як зазначалося вище, можуть визнаватися злочинами проти людяності лише за певних умов. Водночас необхідно мати на увазі, що відсутність у КК статті про відповідальність за злочини проти людяності не дозволяє відобразити специфічну правову природу злочинів проти людяності як окремої категорії міжнародних злочинів. Своєю чергою, це не дозволяє забезпечити незастосування строків давності за вказані діяння, передбачити за їх вчинення більш суворі покарання, ніж за загальнокримінальні злочини, тощо[708].

Інша точка зору полягає в наступному: доцільність дублювання статей з різних розділів КК в XX розділ може суттєво ускладнити правильність кваліфікації кримінальних правопорушень, що утворить конкуренцію норм і не вирішить жодного питання.[709]

---

[707] Репецький С. П. Відповідальність за злочини проти людяності в міжнародному та національному кримінальному законодавстві. Там само.

[708] Андрушко А. В. Злочини проти людяності: поняття та сутнісні ознаки // Проблеми кваліфікації та розслідування кримінальних правопорушень в умовах воєнного стану: матеріали наук.-теорет. конф. (Київ, 26 трав. 2022 р.). Київ. 2022. С. 15–18.

[709] Корабель М. Г., Поляков А. О. Правові аспекти кваліфікації злочинів проти людяності в умовах війни російської федерації проти України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 4. URL: http://lsej.org.ua/4_2023/136.pdf

709

В цьому контексті зазначимо, що часовий вимір криміналізації також має значення. Фактично, через застосування або незастосування термінів давності злочинність діяння може бути різною саме в часі. Тобто, з огляду на нашу концепцію антропології криміналізації значення має злочинність діяння для конкретної особи в конкретний момент часу. Якщо внаслідок поширення заборони застосування термінів давності певне діяння стає караним на довший період, варто говорити про розширення меж криміналізації.

В результаті ухвалення зазначеного законопроєкту, з точки зору обсягу «уточненої» криміналізації (за термінологією ГЮУ) за наслідками порівняння чинного КК, РС (з поправкою щодо злочину агресії) та пропозицій ГЮУ апарату ВРУ, можемо зробити такі висновки:

щодо злочину агресії.

Юристи парламенту обрали шлях майже дослівного запозичення відповідно статті 8bis РС, у той час як чинний КК навіть із змінами від 2023 р. доволі лаконічно описує ознаки складу злочину. Зокрема, замість «акту агресії» як поняття, визначеного РС, Україною використовується подвійний феномен «агресивна війна чи воєнний конфлікт» у частині першій статті 437 та «агресивна війна або агресивні воєнні дії» у частині другій статті 437 КК, що зумовлює необхідність проведення порівняльного аналізу цих понять і несе в собі ризики з точки зору правової визначеності. Також, у КК відсутні бодай які ознаки суб'єкта злочину.

Щодо воєнних злочинів. Чинний КК із змінами, внесеними у 2025 р. щодо дітей, все одно оперує відкритим переліком бланкетного характеру, не зважаючи на те, що частина відповідних порушень прямо виписана в диспозиції статті. Пропозиція юристів парламенту полягала у «радикально бланкетній» побудові норми через альтернативне посилання або на Порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ або на статтю 8 РС. Таким чином, можна зробити висновок, що порушення законів та звичаїв війни не тотожні діянням, переліченим у статті 8 РС. Крім того, і норма КК і пропозиція ГЮУ не дає прямої відповіді на питання які саме міжнародні угоди визначають закони та звичаї війни. Видається, що і автори РС могли використати таке формулювання, але замість цього вони навели у статті 8 чіткий перелік діянь.

Щодо злочинів проти людяності. В цьому випадку всі три норми доволі схожі, за винятком деяких розбіжностей (наприклад, у способі опису ознак злочину апартеїду), та редакційно інших підходів до побудови норми у РС та вітчизняному законодавстві.

Заслуговує на увагу й той факт, що розбіжності щодо злочинів проти людяності існують і в самих міжнародно-правових актах. Так, «насильницьке зникнення» у РС наведене як «арешт, затримання або викрадення осіб державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу, за їхньої підтримки чи за їхньою мовчазною згодою з подальшою відмовою визнати таке позбавлення волі або повідомити про долю чи місце перебування цих осіб з метою залишення їх без законодавчого захисту протягом тривалого періоду часу», тоді як у Міжнародній конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень йдеться про «арешт, затримання, викрадення чи позбавлення волі в будь-якій іншій формі представниками держави чи особами або групами осіб, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою держави, при подальшій відмові визнати факт позбавлення волі або приховування даних про долю чи місцезнаходження зниклої особи, унаслідок чого цю особу залишено без захисту закону»[710].

Відсутність усталеної актуальної концепції принципів та факторів, що впливають на криміналізацію, та методології її застосування до аналізу криміналізації конкретних діянь (поведінки) погіршує стан кримінально-правових досліджень та актуалізує питання її розробки, особливо на фоні ризиків відбиття збройної агресії.

В. Туляков пише, що усталена роками система правил криміналізації, відома за В. М. Кудрявцевим, С. Я. Келіною та ін. як «механізм кримінально-правової заборони», повинна бути певним чином змінена на дещо інше, оскільки як ідеологія заборони, так і характеристики методології криміналізації суттєво змінилися задля ентропійного розмивання сенсів кримінального права та кримінально-правових відносин у комунікаційному суспільстві. Йдеться про те, що історичні, соціальні, соціально-психологічні, соціально-правові, міжнародно-правові підстави визначення необхідності та доцільності встановлення кримінально-правової за борони за класичною схемою поглинаються іншою матрицею. Матрицею ви значення необхідності та доцільності реагування на поведінку, що відхиляється. Матрицею, що побудована не на експерт них оцінках суспільної небезпечності, поширеності, розповсюдженості, процесуальної допустимості та доцільності, а на когнітивній оцінці сприйняття та від чуття необхідності існування кримінально-правової норми. Зрозуміло, що така оцінка вельми суб'єктивна. Кримінально-правова норма — це текст, елемент культурного осередку, який, будучи

[710] Репецький С. П. Відповідальність за злочини проти людяності в міжнародному та національному кримінальному законодавстві. Там само.

визнаний державою, має бути певним чином інтерпретованим та інтеріорізованим у свідомості фахівців та громадян, відтворюючи відповідне правило поведінки, підкріплене відповідною санкцією[711].

При цьому, окрім «внутрішніх» з точки зору України факторів (серед яких вихідне значення має історична традиція у окремо взятій юрисдикції) останнім часом суттєвий вплив мають зовнішні чинники розвитку правової системи, квінтесенцією чого стали процеси Європейської та Євроатлантичної інтеграції, відображені навіть на рівні Конституції України[712].

Як зауважується в роботах В. П. Попович, наразі так звані «право Женеви» та «право Гааги» зайняли чільне місце в системі міжнародного права та суттєво вплинули на процес криміналізації порушень законів та звичаїв війни, а також використання заборонених способів та засобі її ведення… станом на 2010 рік авторка зауважувала, що в розділі XX КК не встановлено кримінальну відповідальність за злочини проти людяності, хоча цього вимагає значна кількість міжнародних актів, таких як Статут Нюрнберзького трибуналу 1945 р., Статут Токійського трибуналу 1946 р., Женевські конвенції про захист жертв війни 1949 р. та два Додаткових протоколи до них, Статут Міжнародного трибуналу по колишній Югославії 1993 р., Статут Міжнародного трибуналу по Руанді 1994 р., РС 1998 р. тощо. До таких порушень слід віднести тортури та нелюдське ставлення, умисне заподіяння тяжких страждань, обернення в рабство, незаконна депортація, переміщення та арешт цивільного населення, застосування практики апартеїду та інших негуманних чи принижуючих дій, які ображають гідність особи, заснованих на расовій дискримінації, тощо. Тобто, на цей час значна частина порушень, які визнані серйозними відповідно до Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 р. та Додаткових протоколів до них, не враховані в кримінальному законодавстві України[713]. Очевидно, що з останніми змінами до КК в частині появи окремої норми щодо злочинів проти людяності частково ця проблема вирішена, проте думка про важливість

[711] Туляков В. О. Теорія кримінальної законотворчості: перспективи новітніх підходів. *Юридична Україна.* Київ : Юрінком Інтер, 2019. № 5. С. 36–42.

712

[712] Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) : Закон 07.02.2019 № 2680-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2680-19#n2

[713] Попович В. П. Імплементація норм міжнародного гуманітарного права у кримінальне законодавство України. дис. … канд. наук : 12.00.08. Львів, 2010. С. 25, 177.

врахування міжнародного контексту при вирішенні питань криміналізації залишається актуальною.

Станом на 2017 р. інші вчені зауважували, що до КК включено майже всі корупційні злочини, передбачені Конвенцією ООН і Конвенцією РЄ, і навіть ті, які прямо цими конвенціями не передбачені — зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права (ст. 364[1]) і зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365[2]). Ці дві статті КК, на думку дослідників, можна визнати зайвими: в разі їх відсутності згадані в них особи могли б нести відповідальність за зловживання повноваженнями, рівну за своєю суворістю зі службовими особами, визначеними в пунктах 1 і 2 примітки до ст. 364 КК[714]. Тобто, також підкреслюється, що необхідність виконання міжнародно-правових зобов'язань визнається важливим чинником криміналізації.

Безумовно, питання глобалізації криміналізації у сфері воєнних злочинів та протидії корупції і тероризму (і його складовими) є класичними прикладами впливу міжнародних порядків на національне кримінальне право, проте далеко не єдиними. Так, А. Клочко акцентує увагу на необхідності криміналізації окремих діянь у сфері банківської діяльності в Україні як складової частини механізму поступової адаптації національного законодавства до вимог Директив Базельського комітету з питань банківського нагляду. У зв'язку з цим, нею доведена необхідність криміналізації окремих суспільно небезпечних діянь, що посягають на порядок суспільних відносин в банківський сфері, а саме: шахрайство з використанням електронних засобів платежу або платіжних пристроїв; шахрайство в сфері кредитування; неналежне виконання умов договору банківського вкладу; зловживання повноваженнями у сфері банківської діяльності; службова недбалість у сфері банківської діяльності[715].

Аналізуючи криміналізацію сепаратизму у Молдові, Бюро з демократичних інституцій та прав людини ОБСЄ зазначало: міжнародне право визнає, що держави можуть вживати заходів для захисту територіальної цілісності та суверенітету, які є принципами, на які іноді посилаються, коли забороняють «сепаратизм». У цьому відношенні слід також відзначити особливий національний і регіональний контекст, де Молдова не здійснює ефективного контролю над частинами

[714] Настільна книга детектива, прокурора, судді : коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. Київ, 2017. С. 27.

[715] Клочко А. М. Теоретико-прикладні засади протидії злочинам у сфері банківської діяльності України : автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Київ, 2020. С. 22.

своєї території. Однак будь-які такі заходи також повинні відповідати міжнародним стандартам прав людини та зобов'язанням ОБСЄ щодо людського виміру. Законодавство, особливо кримінальне, яке використовується для припинення «сепаратизму», є суперечливим. Міжнародне право не пропонує визначення терміну «сепаратизм», а також підстав для його криміналізації чи заборони, за виключенням коли засоби (або дії), що пропагують відокремлення чи автономію чи спрямовані проти територіальної цілісності, є насильницькими, недемократичними чи незаконними з точки зору міжнародного права. У минулому БДІПЛ застерігало від розгляду «сепаратизму» як такого, що підпадає під дію кримінального права[716]. Проблема тут полягає у складності розмежування висловлення поглядів та посягання на територіальну цілісність чи суверенітет.

Н. Гуторова визнає, що значна кількість «революційних» новел у кримінальному праві України була пов'язана з процесом інтеграції України до Європейського співтовариства і взятими у зв'язку з цим міжнародно-правовими зобов'язаннями, інші — є спробою (не завжди бездоганною) імплементації норм та інститутів, які успішно працюють в окремих країнах Західної Європи[717]. Дослідниця в цьому випадку не уточнює характер цього взаємозв'язку і «інтенсивність» впливу процесів інтеграції на криміналізацію на відміну від А. Житного, який бачить в міжнародно-правових актах саме приводи до криміналізації: «низка чинних міжнародних договорів (регіональних, універсальних) можуть містити приводи для встановлення в КК підстави кримінальної відповідальності за певний злочин (вид злочинів) чи для скасування такої підстави. При цьому практика кримінально-правової нормотворчості свідчить, що в ролі приводу криміналізації в Україні вони виступають значно частіше, аніж в ролі підстави декриміналізації. Приводом декриміналізації може стати й виявлення невідповідності наявних у кримінальному законодавстві держави заборон міжнародним стандартам дотримання прав і свобод людини. Водночас положення ч. 1 ст. 2 КК унеможливлюють визнання положень міжнародного договору необхідною

716

[716] Висновок Бюро демократичних інституцій та прав людини ОБСЄ «Коментарі щодо криміналізації «сепаратизму» та пов'язаних кримінальних правопорушень в Молдові». URL: https://www.osce.org/files/f/documents/e/5/560695.pdf

[717] Гуторова Н. О. Сучасний стан вітчизняного кримінального права: проблеми усвідомлення новел і визначення перспектив розвитку. *Кримінальне право: традиції та новації* : матеріали міжнародного круглого столу, присвяченого 90-літтю з дня народження видатного вченого, героя України, академіка В. В. Сташиса, 9–10 липня 2015 р., Харків., 2015. С. 4.

й достатньою підставою відповідальності за кримінальне правопорушення»[718].

М. О. Акімов зауважує, що прийняття Міжнародної конвенції про боротьбу із захопленням заручників 1979 р. обумовило криміналізацію даного посягання майже у всіх державах світу[719]. О. О. Пащенко, втім, стверджує: порівняльно-правові фактори не мають ніякого значення для визначення соціальної обумовленості наявних (існуючих) кримінально-правових норм. У той же час зарубіжний досвід може бути враховано під час створення нових норм (наприклад, при криміналізації діянь, які у КК інших держав вже пройшли «перевірку часом»). При цьому, в процесі криміналізації слід враховувати відповідність криміналізованого діяння положенням КК держав тієї правової сім'ї, до яких належить Україна, а також сучасний вектор суспільного розвитку — євроінтеграцію, а тому під час створення нової норми слід порівнювати її відповідність із положеннями кримінального законодавства країн Європи. Проте, вважає вчений, за необхідне відзначити, що порівняльно-правовий фактор у процесі криміналізації має другорядне значення (порівняно із суспільною небезпечністю, міжнародно-правовим тощо). Він слугує лише додатковим аргументом (підтвердженням необхідності) щодо введення норми, яку зумовлюють, насамперед, інші суспільні процеси (зміна умов життя суспільства, збільшення кількості відповідних діянь та ін.)[720].

У свою чергу, І. Б. Медицький пропонує уважніше ставитися до апроксимації іноземного досвіду. Він зазначає, що негативно оцінюється практика «механістичного» запозичення міжнародного досвіду, без урахування особливостей та вимог вітчизняної правової доктрини (криміналізація посягань на законну професійну діяльність журналістів); законодавчих змін, продиктованих політичною доцільністю

---

[718] Житний О. О. Міжнародні договори України та механізм встановлення й реалізації кримінальної відповідальності на національному рівні (деякі проблемні питання). *Актуальні проблеми кримінальної відповідальності* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовт. 2013 р. Харків. 2013. С. 640.

[719] Акімов М. О. Деякі риси розвитку кримінальної відповідальності за захоплення заручників за законодавством країн Середньої Азії. *Кримінальне право в умовах глобалізації суспільних процесів: традиції та новації* : матеріали міжнар. наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 15 трав. 2020 р. Харків. 2020. С. 29.

[720] Пащенко О. О. Порівняльно-правові фактори криміналізації суспільно-небезпечних діянь та соціальна обумовленість закону про кримінальну відповідальність. Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. 12–13 жовт. 2017 р. Харків. 2017. С. 220.

(поширення забороненої ст. 365 КК поведінки винятково на працівників правоохоронних органів, т. зв. «закон Савченко»); безпосередньої конфронтації із міжнародними резолюціями та домовленостями (закріплення відповідальності за неособисте голосування народними депутатом України); дисбалансу при декларуванні позитивного ефекту посилення відповідальності та одночасному застосуванні більш м'якого покарання (зміни закону в цілях збереження українських лісів та запобігання незаконному вивезенню необроблених лісоматеріалів)[721].

А. Вознюк звертає увагу на іншу проблему таких інтеграційних процесів, а саме на множинність джерел запозичення: криміналізація в одних країнах діянь організованих груп, а в інших — злочинних організацій частково зумовлена врахуванням рекомендацій різних міжнародних нормативно-правових актів: в одних випадках — Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р., а в інших — Рамкового рішення Ради ЄС про боротьбу з організованою злочинністю від 24 жовтня 2008 р.[722]

Крім того, міжнародний «контекст» може містити не лише чинники, що викликають криміналізацію, але і чинники, які її обмежують. Зокрема, Суддя ЄСПЛ Де Альбукерке в одній з окремих думок звернув увагу на наступне: Стаття 31 (1) Конвенції про біженців забороняє криміналізацію, покарання та затримання шукачів притулку лише на тій підставі, що вони в'їхали на національну територію без документів, або несанкціоновано, або якщо мало місце і те, і інше. Стаття 31 (2) тієї ж Конвенції про біженців також забороняє «обмеження, крім тих, які є необхідними, і такі обмеження застосовуються лише до тих пір, поки їх статус у країні не буде врегульовано або вони не отримають дозвіл перебування в іншій країні»[723].

Венеційська комісія також підкреслювала певні відмінності у підходах законодавця щодо криміналізації: на національному рівні, з порівняльної точки зору, існують помітні відмінності в правових нормах навіть серед ліберальних демократій. У США свобода політичного слова є

[721] Медицький І. Б. Наслідки злочинності в Україні: теоретико-прикладні засади : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2021. С. 16.

[722] Вознюк А. А. Кримінальна відповідальність за створення злочинних об'єднань та участь у них : монографія. Київ. 2018. С. 809.

723

[723] Окрема думка судді Пінто де Альбукерке до Рішення Європейського суду з прав людини у справі ABDULLAHI ELMI AND AWEYS ABUBAKAR v. MALTA. URL: https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-168780

майже абсолютною, а обмеження дозволені лише в тому випадку, якщо мова створює «явну та дійсну небезпеку» «неминучих незаконних дій». Навпаки, багато європейських країн допускають певні обмеження на основі змісту політичних виступів, навіть там, де такої небезпеки немає[724].

У Звіті Високого представника ООН з прав людини «Право на приватність у цифрову епоху» зазначено таке: Уряди, які прагнуть обмежити шифрування (наприклад, у соціальних мережах — В. Г.), часто не в змозі продемонструвати, що обмеження, які вони вводять, необхідні для задоволення певного законного інтересу, враховуючи наявність різних інших інструментів і підходів, які надають інформацію, необхідну для конкретних правоохоронних або інших законних цілей. Такі альтернативні заходи включають удосконалену традиційну поліцейську діяльність, забезпечену кращими ресурсами, таємні операції, аналіз метаданих і зміцнення міжнародної поліцейської співпраці. Крім того, вплив більшості обмежень шифрування на право на конфіденційність і пов'язані з ним права є непропорційним і часто зачіпає не лише цільових осіб, але й населення в цілому. Прямі заборони урядів або криміналізація шифрування зокрема не можуть бути виправдані, оскільки вони перешкодять усім користувачам у межах їх юрисдикції мати безпечний спосіб спілкування. Системи депонування ключів мають значні вразливості, оскільки вони залежать від цілісності сховища та наражають збережені ключі на кібератаки. Крім того, обов'язкові лазівки (*back doors*) в інструментах шифрування створюють зобов'язання, які виходять далеко за рамки їхньої корисності щодо конкретних користувачів, визначених як підозрювані у злочинах або загрози безпеці. Вони ставлять під загрозу конфіденційність і безпеку всіх користувачів і наражають їх на незаконне втручання не тільки з боку держав, але й недержавних суб'єктів, у тому числі злочинних мереж...[725].

Отже, сукупність обставин у вигляді змін до Конституції України, низки вже ратифікованих міжнародних договорів, у яких йдеться про криміналізацію певних діянь, а також надання Україні статусу кандидата на вступ до ЄС обумовлює доцільність врахування міжнародно-правових зобов'язань як окремого гіпер-фактора криміналізації. Разом із

724

725

[724] Висновок Європейської комісії за демократію через право №970/2019 «Кримінальна відповідальність за мирні заклики щодо зміни конституційного ладу з точки зору Європейської конвенції з прав людини». URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2020)005-e

[725] Право на приватність у цифрову епоху. Звіт офісу Верховного комісара ООН з прав людини. URL: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g22/442/29/pdf/g2244229.pdf

історичною традицією[726] цьому чиннику варто відвести роль «фундаментального» елемента контексту, в якому розглядається питання і ухвалюється рішення про криміналізацію.

При цьому, стосовно права ЄС важливо усвідомлювати особливості вирішення саме питань криміналізації, в тому числі через концепцію *good governance* (*effective governance & democratic governance*)[727], яка широко розроблена та застосовується в межах ЄС.

Не можна сказати, що для України такий підхід цілковито новий. Так, В. Туляков стверджує, що надмірна гуманітаризація, емоціоналізація та розширення предмета кримінального переслідування можуть зруйнувати його легітимність (реформи мають бути концептуально виваженими, процедурно реалістичними та доказово обґрунтованими)[728], а Д. Балобанова обґрунтовує, що для вирішення питання про допустимість, можливість і доцільність встановлення кримінально-правової заборони слід застосовувати кримінологічну експертизу. Під кримінологічною експертизою пропонується розуміти не тільки аналіз проєктів нормативно-правових актів, але й аналітичне дослідження та оцінку наявності або відсутності підстав криміналізації/декриміналізації з метою вирішення питання про доцільність, необхідність та обґрунтованість встановлення або скасування кримінально-правової заборони. Таку експертизу доцільно проводити ще до створення проєкту відповідного нормативно-правового акту та необхідно до неї залучати не тільки юристів, а й економістів, соціологів, психологів, істориків[729].

Причиною цього варто вважати реальну множинність факторів криміналізації та, як наслідок, хаотичність їх врахування законодавцем. Так, вивчаючи підстави криміналізації, що називаються вченими[730],

---

[726] Гацелюк В. О. Фактори криміналізації: прірва між бажаним та дійсним (через історичну традицію до криміналізаційної ситуації). Політика у сфері боротьби зі злочинністю: стан та перспективи : колективна монографія / за заг. ред. проф. П. Л. Фріса. Київ, Ваіте, 2025. С. 75–81.

727

[727] URL: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578012/EXPO_STU(2016)578012_EN.pdf

[728] Туляков В. О. Ключові агенти змін, або тіло як символ і система: критична рефлексія на гендерний дискурс у міжнародному кримінальному праві. *Війна та мир & злочин і покарання* : мат-ли Львівського форуму кримінальної юстиції (м. Львів, 04–05 черв. 2025 р.). Львів, 2025. С. 182–195.

[729] Балобанова Д. О. Динаміка кримінального права України (теоретико-прикладне дослідження Там само. С. 382.

[730] Існування суспільно небезпечної поведінки, яка потребує кримінально-правової заборони; відносна поширеність суспільно небезпечних діянь ; зміна уявлень про ступінь

О. М. Готін зазначає, що на сьогодні значно виразнішого вигляду і потужного потенціалу набули ті критерії криміналізації, які в умовах радянської системи кримінального права або взагалі вважалися такими, що притаманні виключно буржуазним правовим системам, або, щонайменше, визнавалися другорядними. Досить часто включення до системи кримінального законодавства нових заборон викликане необхідністю акцентування уваги суспільства на діяннях, що в певний проміжок часу набувають підвищеної суспільної небезпеки. Наочний приклад дієвості даної підстави криміналізації — введення кримінальної відповідальності за викрадення шляхом демонтажу та іншим засобом електричних мереж, кабельних ліній зв'язку та їх обладнання (ст. 188 КК)[731]. На думку М. В. Карчевського, підставами криміналізації посягань на інформаційну безпеку виступають як соціальні процеси, що мають істотне значення для позитивних трансформацій суспільства в бік розвитку та стабільності, так і процеси, які, навпаки, мають небезпечний соціальний потенціал[732].

А. Клочко зауважує: окремі специфічні фактори соціальної обумовленості криміналізації діянь у сфері банківської діяльності потребують звернення до політичних та соціально-економічних умов функціонування та тенденцій розвитку суспільства, акцентовано на їх взаємозалежності. Вплив на банківську систему такого специфічного фактору як реформування сфери банківської діяльності та її очищення від неплатоспроможних банків, зумовлений існуванням іншого фактору, який характеризується посиленням євроінтеграційних процесів у державі та виниклою необхідністю в адаптації законодавства України до вимог ЄС[733].

Множинність криміналізаційних чинників підкреслює і В. Тацій: динамізм кримінального законодавства залежить від низки різноманітних чинників: політичних, соціальних, економічних, міжнародно-правових тощо. До таких чинників, наприклад, можна віднести зміни соціально-економічних умов розвитку держави і виникнення у зв'язку з цим у суспільстві нових потреб, цінностей, інтересів, що потребують кримінально-правового захисту, появу нових видів суспільно небезпечної

суспільної небезпеки діяння ; зміна загальновизнаної моральної оцінки відповідного діяння ; виконання державою міжнародно-правових обов'язків з охорони прав людини

[731] Готін О. Підстави криміналізації діянь. *Право України*. 2005. № 2. С. 97–98.

[732] Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України. Там само. С. 99.

[733] Клочко А. М. Теоретико-прикладні засади протидії злочинам у сфері банківської діяльності України. Там само. С. 23–24.

поведінки, які вимагають передбачення їх у КК як злочину (криміналізація), або, навпаки, втрата суспільної небезпечності діяннями, передбаченими у КК (декриміналізація), необхідність узгодження приписів КК із нормами інших публічних та приватних галузей українського законодавства, з якими КК перебуває у системному взаємозв'язку і взаємозалежності, взяття державою міжнародних зобов'язань, що потребують внесення змін і доповнень до чинного КК, рішення Конституційного Суду України та ЄС з прав людини, згідно з якими держава зобов'язана вносити певні зміни до кримінального законодавства[734].

На думку О. О. Дудорова, криміналізацію можуть викликати: виникнення нових, не існуючих раніше видів суспільно небезпечної поведінки; несприятлива динаміка видів поведінки, регламентованих некримінальним законодавством; необхідність виконання міжнародно-правових зобов'язань; науково-технічний прогрес, який призводить до виникнення і розвитку потенційно небезпечної для людини і суспільства сфер життєдіяльності; необхідність посилення охорони прав і свобод людини і громадянина; усвідомлення помилковості здійсненої раніше декриміналізації певного діяння тощо. Як правило, криміналізація того чи іншого різновиду поведінки людини має відповідати моральним уявленням, пануючим у суспільстві, схвалюватись ним. Водночас аморальність не притаманна всім без винятку злочинам, деякі з яких з погляду моралі можуть бути нейтральними, а в окремих випадках — навіть викликати схвалення (наприклад, ухилення від сплати податків і соціальних внесків, евтаназія, яка з точки зору чинного КК України підлягає кваліфікації як умисне вбивство)[735].

У свою чергу, Джон Коффі звертає увагу на аксіологію криміналізації і пише: «кримінального закону дотримуються не просто тому, що в його основі лежить правова загроза, а тому, що громадськість сприймає його норми як легітимні та такі, що заслуговують на дотримання. Набагато більше, ніж деліктне право, кримінальне право є системою публічної комунікації цінностей[736].

---

[734] Тацій В. Я. Стабільність та динамізм кримінального законодавства України як запорука його якості та ефективності. *Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2012. С. 8

[735] Дудоров О. О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Там само. С. 51.

736

[736] John C. Coffee Jr., Does «Unlawful» Mean «Criminal»?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law, 71 B. U. L. Rev. 193 (1991). URL: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/527/

На нашу думку, цінності, які комунікуються через право, «прив'язують» правову систему до правосвідомості, забезпечуючи легітимність правового регулювання, в тому числі на базових рівнях правосвідомості, в межах релігійного світосприйняття.

Саме з огляду на важливість взаємодії суспільства і держави через право варто аналізувати реальні цінності, які законодавець просуває через встановлення кримінально-правових заборон і не допускати ганебних ситуацій, про які писали адекватні вчені з РФ: «Законодавча гілка влади, як незалежний, автономний, що має стримування та противаги орган влади має місце в даний час в Росії, але тільки в частині його автономності Де-юре він незалежний, має в якійсь частині стримування і противаги, але де -факто немає ні того, ні іншого. Протягом багатьох років цей орган є беззастережно слухняною і покірною «служницею» виконавчої влади, або якщо точніше, політичного лідера країни»[737].

І навіть за умов демократичного устрою в Україні «хитання» законодавця в межах криміналізаційних та декриміналізаційних тенденцій кримінальної політики актуалізують питання про фактори, які мали би об'єктивно пояснювати такі тренди. Так, як справедливо зазначається, масова декриміналізація 2011 р. навряд чи свідчить про те, що за десятиріччя (з моменту набрання чинності КК 2011 р. — В. Г.) в Україні кардинальним чином змінилися ті соціальні фактори, які породжують кримінальний закон. Імовірніше, вона свідчить про неоднозначність розуміння підстав криміналізації діянь, злочинність яких було скасовано[738].

Разом з тим, праві дослідники, які зазначають, що в основі кримінально-правової політики перебуває відповідний кримінально-політичний інтерес, викликаний наявністю потреби у кримінально-правовій охороні/кримінально-правовому регулюванні. Фактично кримінально-політичний інтерес являє собою рушійну силу кримінально-правової політики. Констатація цього факту вимагає здійснення аналізу цього інтересу. При цьому сам інтерес виникає на підставі відповідної ідеології, є її продуктом… Формування і виявлення запиту на відповідне «включення» кримінально-правової політики визначається реакцією кримінально-політичної ідеології на відповідні види людської поведінки. Ця

[737] Краснолуцкий Г. Н. Етиология корпупции в России. Управленческое консультирование. 2015. № 3. С. 155.

[738] Пономаренко Ю. А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень Там само С. 350.

реакція, у підсумку, проявляється у прийнятті рішення про (де)криміналізацію[739].

Втім, практика криміналізації поки що далека від ідеалу і справедливою варто визнати тезу про те, що складові філософського і наукового мислення в значній мірі витіснені з процесу криміналізації психотичними та кон'юнктурними чинниками, відтворюваними на вищому політичному рівні та/або акумульованими й артикульованими його гравцями. До таких чинників можна віднести: 1. Соціальні страхи. 2. Ресентимент — соціально-психологічний феномен, який полягає у генерації, підтриманні наративів і дискурсу ідентичності у повністю або частково сфальсифікованих умовах протистояння загрозам існування групи, що супроводжується агресивними практиками опозиційно-консолідуючого значення. 3. Політичне рейтингування, створення медійної картинки як чинники криміналізації є доволі частим явищем, що покликане продемонструвати швидку й результативну «турботу» про потреби населення, розмахуванням «караючим мечем» в ім'я справедливості. 4. Фактори зовнішнього політичного управління, що серед іншого проявляється в політико-економічному тиску як у сфері комплектування органів державної влади, кадрової політики, так і у правотворчості, в тому числі й кримінальній[740]. Нерідко причиною криміналізації/декриміналізації є не наукове вивчення соціальної дійсності, випадкові події, політичні інтереси і навіть партійні компроміси (закони Ющенка, Савченко та ін.)[741].

Очевидно, що з метою уникнення і сприйняття міжнародного партнерства як «зовнішнього політичного управління», а також для зменшення впливу «випадкових подій» на практику де/криміналізації варто глибше досліджувати зміст політики ЄС щодо криміналізації, тим більше що, як справедливо зауважується, апроксимація acquis це не тільки узгодження положень національного законодавства із загальнокримінальним законодавством ЄС, але 21-й з практикою Європейського суду

---

[739] Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики : монографія. Івано-Франківськ. 2021. С. 316, 325.

[740] Орлов Ю. В. Криміналізація діянь в умовах соціального неадеквату: симптоми та чинники. *Кримінальне право в умовах глобалізації суспільних процесів: традиції та новації* : мат-ли міжнар. наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 15 трав. 2020 р. / [редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), Л. М. Демидова (заст. голов. ред.), А. П. Гетьман та ін.]. Харків : Право, 2020. С. 270–273.

[741] Голіна В. В. Глобалізація, запобігання злочинності, кримінальне законодавство. Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 12–13 жовт. 2017 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2017. С. 423–426.

справедливості, законопроєктними роботами Європейської комісії, перспективними напрямками та рекомендаціями щодо людиноцентричної кримінальної політики, протидією транскордонній злочинності та захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень[742].

В цьому контексті важливо враховувати, що парадигма законотворення ЄС вимагає оцінку впливу майбутніх актів і це питання, яке серйозно аналізується дослідниками. Так, авторами піддається критиці підхід Єврокомісії до проєкту директиви щодо протидії корупції: вплив кримінального правоохоронного процесу зазвичай передбачає певні соціальні витрати. Наприклад, з досвіду Італії положення про зловживання службовим становищем (ст. 323 КК Італії) чудово демонструє вплив, який може мати надто широка та нечітка криміналізація на ефективність адміністрації. У 2021 р. лише 40 з 5 500 кримінальних проваджень в Італії завершилися засудженнями або угодою про визнання провини. Для державних службовців, особливо тих, хто займає виборні посади, кримінальне провадження може призвести до серйозної репутаційної шкоди, незалежно від кінцевого результату справи, для остаточного вирішення якої можуть знадобитися місяці чи навіть роки[743].

Отже, особливе значення для України наразі має право ЄС, зокрема норми кримінально-правового характеру. Так, Стаття 83 Договору про функціонування Європейського Союзу[744] визначає, що Європейський Парламент та Рада за допомогою директив, ухвалених згідно зі звичайною законодавчою процедурою, можуть встановити мінімальні правила щодо визначення кримінальних злочинів та санкцій у сфері особливо тяжкої злочинності транскордонного змісту, що випливає з природи або наслідків таких злочинів або з особливої необхідності спільно боротися проти них.

До сфери такої злочинності належать: тероризм, торгівля людьми та сексуальна експлуатація жінок і дітей, незаконна торгівля наркотиками, незаконна торгівля зброєю, відмивання грошей, корупція, підробка платіжних засобів, комп'ютерні злочини та організована злочинність[745].

---

[742] Туляков В. О. Доля неофіта. Шляхи євроінтеграції для кримінальної юстиції України. *Європеїзація кримінального права України* : мат-ли міжнар. наук. конф. (19 груд. 2024 р.). Харків, 2024. С. 21–29.

743

[743] Luppi, Federico and Bellingeri, Matilde (2023). Combating Corruption in EU Legislation. An Analysis of Some Aspects of the Commission Proposal for the EU Anti-corruption Directive. URL: https://eucrim.eu/articles/combating-corruption-in-eu-legislation/

744

[744] Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text

[745] Так звані «Єврозлочини».

Тобто, цей «базовий» перелік «європейських» злочинів не є вичерпним. Згідно зі статтею 83 Договору про функціонування Європейського Союзу (TFEU) ЄС може прийняти директиви з мінімальними правилами кримінального права ЄС щодо різних злочинів.

По-перше, заходи можуть бути вжиті згідно зі статтею 83(1) ДФЄС щодо списку з десяти прямо перелічених правопорушень (так званих «європейських злочинів»), які стосуються тероризму, торгівлі людьми, сексуальної експлуатації жінок і дітей, незаконний обіг наркотиків, незаконний обіг зброї, відмивання грошей, корупція, підробка платіжних засобів, комп'ютерна злочинність та організована злочинність. Це злочини, які, за визначенням, заслуговують на підхід ЄС через їх особливо серйозний характер і їхній транскордонний вимір, відповідно до самого Договору. Більшість сфер злочинності вже охоплено долісабонським законодавством, яке було або перебуває в процесі оновлення. Додаткові «єврозлочини» можуть бути визначені лише Радою, яка діє одноголосно, за згодою Європейського парламенту.

По-друге, стаття 83(2) ДФЄС дозволяє Європейському Парламенту та Раді, за пропозицією Комісії, встановлювати «мінімальні правила щодо визначення кримінальних правопорушень і санкцій, якщо наближення кримінальних законів і правил держав–членів виявляється необхідним для забезпечення ефективної реалізації політики Союзу в сфері, яка підлягає заходу гармонізації». Цей пункт не містить переліку конкретних злочинів, але робить виконання певних правових критеріїв попередньою умовою для прийняття заходів кримінального права на рівні ЄС. Таким чином, саме стосовно статті 83(2) ДФЄС особливо виправдана кримінальна політика ЄС; і де це Повідомлення має на меті надати конкретні вказівки. Найважливіше те, що саме в цій сфері інституціям ЄС необхідно зробити політичний вибір щодо використання чи невикористання кримінального права (замість інших заходів, таких як адміністративні санкції) як інструменту примусу; а також визначити, яка політика ЄС вимагає використання кримінального права як додаткового інструменту правозастосування.

Приклад: Правила ЄС щодо поведінки на фінансових ринках є тим прикладом, коли кримінальне право може бути корисним додатковим інструментом для забезпечення ефективного правозастосування. Як показала фінансова криза, правила фінансового ринку не завжди дотримуються та застосовуються належним чином. Це може серйозно підірвати довіру до фінансового сектора. Більше зближення між правовими режимами в державах–членах, у тому числі в кримінальному праві, може допомогти запобігти ризику неналежного функціонування

фінансових ринків і сприяти розвитку рівних умов гри на внутрішньому ринку.

Крім того, стаття 325 (4) Договору передбачає конкретну можливість вживати заходів у сфері запобігання та боротьби з шахрайством, що зачіпає фінансові інтереси Союзу, у сфері, де вже існує певне долісабонське законодавство. Це сфера надзвичайно важливої для платників податків ЄС, які фінансують бюджет ЄС і які законно очікують ефективних заходів проти незаконної діяльності, спрямованої на державні кошти ЄС, напр. у контексті сільськогосподарських і регіональних фондів ЄС або допомоги розвитку[746].

Наведене вище — це швидше перелік певних «сфер злочинності», а не конкретних складів злочинів. Зауважимо, що Договір говорить про «визначення інших сфер злочинності згідно з критеріями, визначеними в цій частині».

Це критерії наступні: I. Особливо тяжкий характер злочину та II. Транскордонний характер (зміст) злочину, які випливають з: 1) природи злочину або 2) наслідків злочину, або 3) особливої необхідності спільно протидіяти злочину

Частина друга ст. 83 визначає, що якщо наближення кримінального законодавства доводить істотну важливість забезпечення ефективного виконання політики Союзу у сфері, де вжито заходів із гармонізації, директиви можуть запровадити мінімальні правила, що визначають кримінальні злочини та санкції у відповідній сфері.

Таким чином, ЄС наділений повноваженнями щодо «визначення кримінальних злочинів та санкцій», якщо а) це відноситься до сфери особливо тяжкої злочинності транскордонного змісту та б) наближення кримінального законодавства є істотно важливим для ефективного виконання політики Союзу в іншій сфері.

Поруч з цим, як пише В. Туляков, існують підстави криміналізації sui generis. Так, на додаток до статті 83 TFEU, для гармонізації кримінального законодавства ЄС іноді використовується стаття 114 TFEU, яка дозволяє вживати заходів для досягнення цілей єдиного ринку. Однак роль статті 114 у контексті кримінального права є обмеженою: вона може застосовуватися лише в тих випадках, коли це необхідно для забезпечення ефективного функціонування законодавства ЄС. Використання статті 114 TFEU для встановлення кримінальних норм викликало певні

[746] Rozmus, Marcin, Ilona Topa, and Marika Walczak, 2010, Harmonisation of Criminal Law in the EU legislation–The current status and the impact of the Treaty of Lisbon. URL: https://portal.ejtn.eu/Documents/Themis/THEMIS%20written%20paper%20-%20Poland%201.pdf

суперечки, оскільки її основна мета — економічна інтеграція, а не кримінальне право. Деякі держави–члени стверджують, що криміналізація на її основі виходить за межі повноважень ЄС. Проте суди ЄС (включно з Європейським судом) іноді підтверджували використання ст. 114 для таких цілей, якщо це необхідно для захисту внутрішнього ринку. Доречи, ця норма може бути також використаною як підстава для декриміналізації національного законодавства, яке протирічить принципам розвитку свободного ринку. У випадках, коли існує «переважна причина, пов'язана з суспільними інтересами» ЄС, національний суд, навіть у кримінальних справах, має право «не допустити застосування положення національного законодавства, яке порушує положення Договору про заснування Європейського Співтовариства»[747].

Витоки гармонізації кримінального законодавства країн–учасниць ЄС варто шукати у 1975 р., коли була утворена неформальна група ТРЕВІ[748], сама назва якої натякає на групи злочинів, що на той момент стали предметом уваги ЄС. Протягом років ЄС робив спроби застосувати інструменти, передбачені Шенгенською угодою (1985) та Маастріхтським договором (1992) через «створення простору свободи, безпеки та справедливості». Як зазначають Марцін Розмус, Ілона Топа та Маріка Вальцак, інструменти, передбачені Маастрихтським договором в межах третьої колони (спільні позиції, спільна активності та конвен-

[747] Колізія між статтями 83, 114 і 325 TFEU полягає у розподілі компетенцій між Європейським Союзом та державами–членами в сфері криміналізації певних діянь, зокрема у питаннях боротьби зі злочинністю, гармонізації законодавства і захисту фінансових інтересів ЄС. Ці статті регулюють різні аспекти кримінального права ЄС, і їх одночасне застосування може викликати юридичні та практичні суперечності. Якщо стаття 83 TFEU: «Злочини особливої тяжкості з транскордонним виміром» надає ЄС компетенцію встановлювати мінімальні правила криміналізації щодо певних серйозних злочинів, таких як тероризм, торгівля людьми, кіберзлочинність тощо, які мають транскордонний вимір і криміналізація застосовується лише в рамках спеціально визначених сфер, то Стаття 114 TFEU: «Внутрішній ринок» дозволяє ЄС ухвалювати законодавчі заходи для гармонізації національних правових систем, якщо це необхідно для забезпечення функціонування внутрішнього ринку. Використання цієї статті для криміналізації є обмеженим і можливе лише в тому разі, якщо це прямо пов'язане з внутрішнім ринком (наприклад, захист конкуренції або споживачів). У випадку застосування Статті 325 TFEU: «Захист фінансових інтересів ЄС» існує зобов'язання держав–членів захищати фінансові інтереси ЄС шляхом впровадження ефективних, пропорційних і стримуючих кримінальних санкцій. У цьому випадку, криміналізація діянь є не тільки допустимою, але й необхідною для виконання фінансових зобов'язань перед ЄС.

Туляков В. О. Доля неофіта. Шляхи євроінтеграції для кримінальної юстиції України. Європеїзація кримінального права України : матеріали міжнар. наук. конф. (19 груд. 2024 р.). Харків, 2024. С. 21–29.

[748] (TREVI: Terrorism, Radicalism, Extremism, Violence International)

ції), а також запроваджені пізніше Амстердамським договором (набрав чинності у 1999) рамкові рішення виявилися неефективними, що призвело в тому числі до появи відповідних положень у Лісабонській угоді[749]. Відповідно до останньої не лише рамкові рішення були замінені на директиви (адже держави учасниці були зобов'язані імплементувати до національного законодавства і перше і друге). Відмінністю було і те, що на відміну від прямої вказівки на те, що рамкові рішення не мали прямої дії, такого застереження щодо директив немає.

Цікавим у цьому контексті є рішення Суду справедливості ЄС у справі C-176/03[750], у якій Суд зазначив, що як правило, ні кримінальне право, ні норми кримінального процесу не підпадають під компетенцію Співтовариства. Однак, як зазначив Суд, це не заважає законодавчому органу Співтовариства вживати заходів, які стосуються кримінального права, коли застосування компетентними національними органами ефективних, пропорційних і стримуючих кримінальних покарань є важливим заходом для боротьби з серйозними екологічними злочинами держав–членів, які вона вважає необхідними для забезпечення повної ефективності правил, які вона встановлює щодо захисту навколишнього середовища.

Таким чином, Суд визначив на той момент (2005), що питання кримінального права можуть бути предметом регулювання на рівні ЄС, але якщо вони розглядаються в межах «першої колони», тобто фундаментальних питань, необхідних для функціонування Союзу. «Слабка» в цьому відношенні «третя колона» була фактично скасована Лісабонською угодою (2007), зокрема її статтею 83, цитованою вище. Найпотужнішим наслідком нового механізму стало те, що компетенція Суду справедливості поширюється і на питання кримінального права, тобто Єврокомісія може звернутися до Суду щодо невиконання національним урядом положень певної директиви, яка містить зобов'язання щодо криміналізації.

У 2024 році відбувся глибокий аналіз Радою ЄС розвитку кримінального права ЄС[751] на базі аналізу положень Лісабонського договору, що

[749] Rozmus, Marcin, Ilona Topa, and Marika Walczak, 2010, Harmonisation of Criminal Law in the EU legislation–The current status and the impact of the Treaty of Lisbon. URL: https://portal.ejtn.eu/Documents/Themis/THEMIS%20written%20paper%20-%20Poland%201.pdf

750

[750] Commission v Council ('Environmental crimes') (Case C-176/03), EU:C:2005:542, [2005] ECR I-7879, 13 September 2005. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62003CJ0176

751

[751] Council of the European Union conclusions on 'The future of EU criminal law: recommendations on the way forward'. URL: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10984-2024-INIT/en/pdf

встановив «нові правові підвалини кримінального права ЄС» (*new legal bases for EU criminal law*), певні положення якого (аналізу) заслуговують на згадку та врахування.

По-перше, Рада ЄС зазначила, що 27.11.2009 було схвалено набір спеціальних висновків Ради щодо типових положень, які керують обговоренням норм кримінального права в Раді, а в 2011 році з'явилося повідомлення Комісії «До кримінальної політики ЄС: забезпечення ефективної реалізації політики ЄС через кримінальне право». Резолюція Європейського парламенту від 22.05.2012 щодо підходу ЄС до кримінального права була прийнята в 2012 р. Велика кількість інструментів ЄС у сфері кримінального права правосуддя було прийнято з того часу на правових засадах статей 82 і 83 ДФЄС, запроваджених Лісабонським договором. Ці документи, наприклад, стосуються особливо тяжких злочинів із транскордонним виміром (стаття 83(1) ДФЄС), запроваджують заходи для забезпечення ефективної реалізації політики ЄС (стаття 83(2) ДФЄС) і створюють кримінально-процесуальне право (стаття 82 ДФЕС).

По-друге, з метою забезпечення найкращої можливої якості кримінального законодавства Рада ЄС надає такі рекомендації: законодавець ЄС повинен забезпечити дотримання загальновизнаних принципів кримінального права, таких як принцип законності та принцип того, що кримінальне право слід використовувати лише як крайній засіб (*ultima ratio*[752]), а також захист основних прав у цілому повністю дотримується, внутрішня узгодженість *acquis* кримінального права ЄС має бути захищена; інструменти кримінального права ЄС мають поважати різні правові системи та традиції держав–членів і надавати їм необхідну гнучкість для їх впровадження таким чином, щоб не втручатися в систему та узгодженість національного кримінального законодавства[753].

---

[752] "…інструменти та положення кримінального права повинні прийматися лише тоді, коли це необхідно для досягнення мети, що стоїть за цими інструментами та положеннями, коли ця мета не може бути досягнута іншими засобами та коли для них є чітка правова основа… необхідність і доцільність будь-якого інструменту чи положення кримінального права має ґрунтуватися на вагомих доказах. Як правило, це вимагає поглибленої оцінки впливу…"

[753] "Інструменти та положення кримінального права ЄС повинні поважати різні правові системи та традиції держав–членів і бути розроблені таким чином, щоб держави–члени могли імплементувати їх в існуючу систему національного кримінального законодавства, зокрема без підриву узгодженість їх загальної частини".

Згадане вище Повідомлення Єврокомісії 2011 р.[754] містить цікавий аналіз загальноєвропейського бачення спільної політики у сфері кримінального права. Зокрема, ЄК пропонує дво-кроковий підхід: 1) рішення щодо того, чи взагалі застосовувати кримінально-правовий захід, та 2) який саме кримінально-правовий захід застосувати. Щодо обох цих кроків пропонується розглядати принцип необхідності та пропорційності (кримінальне право як останній захід ultima ratio, заснований на ретельному аналізі впливу). При цьому, «необхідно враховувати серйозність і характер порушення закону. За певні протиправні дії, які вважаються особливо тяжкими, адміністративна санкція може бути недостатньо жорсткою відповіддю. Аналогічно, кримінально-правові санкції можуть бути обрані, коли вважається важливим підкреслити різке несприйняття з метою забезпечення стримування. Внесення звинувачень до реєстрів може мати певний стримуючий характер».

Варто зауважити, що дискусії щодо меж гармонізації кримінального права у ЄС тривають. Згадуючи позиції Конституційного Суду ФРН щодо національного суверенітету у питаннях кримінального права (зокрема щодо вузького тлумачення кола злочинів у статті 83 і тільки якщо вони мають транскордонний вимір), Вернер Шрьодер зазначає: Лісабонський договір фактично відкидає повну європейську гармонізацію кримінального права. Тому, на його погляд, посилання в ст. 67 та ст. 82 ДФЄС лише підкреслюють важливість принципів субсидіарності та пропорційності у сфері кримінального права ЄС[755].

Схожу точку зору має і С. Бізман: у період імплементації (директиви — В. Г.) принципи прямої дії та гармонійного тлумачення не застосовуються. Після закінчення кінцевого терміну імплементації, коли держава–член не змогла імплементувати директиву або імплементувала директиву неправильно, може застосовуватися принцип прямої дії, якщо положення є чітким і точним, безумовним і не надає державі–члену суттєвої свободи дій у його застосування. Проте Суд ЄС постановив, що директива сама по собі та незалежно від національного закону держави–члена для його імплементації не може мати наслідком визначення або посилення кримінальної відповідальності осіб, які

754

755

[754] Повідомлення Комісії до Європейського парламенту, Ради, Європейського економічного та соціального комітету та комітету регіонів «На шляху до кримінальної політики ЄС: забезпечення ефективної реалізації політики ЄС за допомогою кримінального права» URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011DC0573

[755] Schroeder, Werner. (2020). Limits to European Harmonisation of Criminal Law. URL: https://eucrim.eu/articles/limits-european-harmonisation-criminal-law/

діють всупереч положенням цієї директиви. Таким чином, на рівні ЄС принцип lex scripta вимагає, щоби національне законодавство визначало кримінальну відповідальність[756]. Втім, треба пам'ятати, що у контексті acquis злочин розуміється не лише як порушення прав суспільства й окремих осіб, а й як правопорушення, що може підірвати колективні інтереси ЄС. Стаття 86 договору про заснування Європейського союзу та принцип субсидіарності є прикладом того, як ЄС реагує на злочинну поведінку за допомогою спільного підходу, який поважає національні правові традиції, забезпечуючи при цьому ефективний захист своїх фінансових інтересів і дотримання правосуддя в усіх державах–членах[757].

Цікавим в контексті України є розвиток праворозуміння в ЄС стосовно кваліфікації незаконних перетинів кордону. Як зазначає В. Туляков, поняття «кримміграції» (від англ. *crimmigration*) було вперше введено у науковий обіг для опису явища, коли інструменти кримінального права застосовуються до осіб, які здійснюють міграцію або допомагають мігрантам. Ми вважаємо, це явище включає не лише криміналізацію нелегального перетину кордону чи перебування, а й криміналізацію допомоги мігрантам, навіть якщо така допомога має гуманітарний характер. У межах ЄС ця політика була інституціоналізована через так званий «Пакет допомоги» — Директиву 2002/90/ЄС та Рамкове рішення 2002/946/PVK, які зобов'язують держави–члени криміналізувати будь-яке «сприяння» незаконному в'їзду, перебуванню чи транзиту, незалежно від наявності вигоди чи гуманітарних мотивів. У центрі цієї політики стоїть логіка безпеки, де мігрант виступає не як особа, що потребує захисту, а як загроза. Відтак, законодавство спрямоване не лише на запобігання злочинам, а й на стримування самого факту міграції, що має серйозні правові наслідки. Професор В. Туляков піднімав у цій публікації важливі питання у контексті справи *Kinsa* (C-460/23), яка у Суді ЄС стала юридичним поворотним моментом, оскільки вперше поставила питання про відповідність положень «Пакету допомоги» фундаментальним правам, закріпленим у Хартії основних прав ЄС. У цій справі громадянка ДР Конго, яка разом із дочкою та племінницею прибула до Італії з підробленими паспортами, була звинувачена у «сприянні незаконному

756

[756] Buisman, S.S. (2022). The Future of EU Substantive Criminal Law: Towards a Uniform Set of Criminalisation Principles at the EU level. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 30(2)*, 161–187. URL: https://doi.org/10.1163/15718174-bja10032

[757] Туляков В. О. Поняття злочину в європейській динаміці змін. *Кримінально-правова охорона безпеки людини, нації, світу: фундаментальність, трансдисциплінарність і ноонаукоємність убезпечення* : мат-ли VIII міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 17 трав. 2024 р.). Харків : Право, 2024. С. 20–24.

в'їзду» за відсутності будь-якої вигоди чи злочинного наміру. Їй загрожувало до 15 років позбавлення волі, що викликало широкий резонанс у правозахисній спільноті. Юрист Франческа Канчелларо звернулася до Суду ЄС із проханням тлумачити, чи відповідає «Пакет допомоги» та його національні імплементації положенням ХОР — зокрема, щодо права на сімейне життя (ст. 7), заборони дискримінації (ст. 21), принципу пропорційності (ст. 52), а також права на притулок (ст. 18)[758].

Наразі Суд ЄС ухвалив рішення у цій справі і воно полягає в тому, що Статтю 1(1)(a) Директиви Ради 2002/90/ЄС від 28 листопада 2002 року, що визначає сприяння несанкціонованому в'їзду, транзиту та проживанню, у світлі статей 7 та 24 і статті 52(1) Хартії основних прав Європейського Союзу, слід тлумачити так, що, по-перше, поведінка особи, яка, порушуючи правила, що регулюють пересування осіб через кордони, ввозить на територію держави–члена неповнолітніх, які є громадянами третіх країн і супроводжують її, і над якими вона здійснює фактичну опіку, не підпадає під загальний склад правопорушення сприяння несанкціонованому в'їзду, і, по-друге, ці статті перешкоджають національному законодавству криміналізувати таку поведінку[759]. Якщо коротко, то Суд ЄС виснував, що визнання того, що особа може бути покарана лише за допомогу неповнолітнім, над якими вона фактично здійснює опіку, у в'їзді на територію держави–члена несанкціонованим чином, підірвало б сутність основних прав[760].

---

[758] Туляков В. О. Криміграція та криміналізація міграції в державах ЄС і поза ним : справи Hirsi Jamaa та Kinsa як юридичний поворотний момент. *Україна та ЄС: адаптація кримінального та кримінального процесуального законодавства* : мат-ли кругл. столу (23 трав. 2025 р.). Львів, 2025. С. 99–103.

[759] Case C-460/23 — Kinsa. URL: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-460/23

759

[760] «According to settled case-law, Article 7 of the Charter must be read in conjunction with the obligation to take account of the child's best interests, enshrined in Article 24(2) of the Charter, and with account being taken of the need for a child to maintain on a regular basis the relationships referred to in Article 24(3) of the Charter (see, to that effect, judgments of 17 November 2022, *Belgische Staat (Married refugee minor)*, C230/21, EU:C:2022:887, paragraph 48, and of 30 January 2024, *Landeshauptmann von Wien (Family reunification with a minor refugee)*, C560/20, EU:C:2024:96, paragraph 49 and the case-law cited).

50 In addition, since Article 24 of the Charter, as the Explanations relating to the Charter note, represents the integration into EU law of the principal rights of the child referred to in the Convention on the Rights of the Child, which has been ratified by all the Member States, it is necessary, when interpreting that article, to take due account of the provisions of that convention (judgment of 14 December 2021, Stolichna obshtina, rayon 'Pancharevo', C490/20, EU:C:2021:1008, paragraph 63). In particular, under Article 27(2) of that convention, the parent or parents or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within

Отже, «піднесення до європейського кримінального законодавства включає імплементацію Україною положень європейських кримінально-правових норм, обов'язкових для імплементації за ст. 83 (1) Лісабонського договору, апроксимацію рекомендованих *acquis communautaire* кримінальних правопорушень з урахуванням судової практики ЄС, законопроєктних робот та процедур відповідальності за невиконання приписів *acquis*»[761].

Одним із останніх прикладів гармонізованої криміналізації в межах ЄС є Директива від 24.04.2024 щодо порушення санкційного режиму[762]

their abilities and financial capacities, the conditions of living necessary for the child's development.

51 Having regard to Articles 7 and 24 of the Charter, in the light of which Article 1(1)(a) of Directive 2002/90 must be interpreted, the conduct of a person who brings into the territory of a Member State, in an unauthorised manner, minors who are third-country nationals and are accompanying him or her, and over whom he or she exercises actual care, cannot fall within the scope of the general offence of facilitation of unauthorised entry, referred to in that provision, including where that person has himself or herself entered that territory in an unauthorised manner.

52 A contrary interpretation of that provision would entail a particularly serious interference with the right to respect for family life and the rights of the child, enshrined, respectively, in Articles 7 and 24 of the Charter, to such an extent that it would undermine the essence of those fundamental rights, within the meaning of Article 52(1) of the Charter.

53 Indeed, to accept that a person may be punished for merely assisting minors, over whom he or she exercises actual care, to enter the territory of a Member State in an unauthorised manner would undermine the essence of such fundamental rights.

54 A person, such as OB, who brings into the territory of a Member State, in an unauthorised manner, minors who are third-country nationals and are accompanying him or her, and over whom he or she exercises actual care, in principle merely assumes in concrete terms an obligation inherent to his or her personal responsibility, based on his or her family relationship with those minors, in order to secure their protection and the care necessary for their well-being and development. That person's conduct is, above all, the concrete expression of his or her general responsibility towards those minors.

55 Consequently, if the essence of the right to respect for family life and the rights of the child enshrined, respectively, in Articles 7 and 24 of the Charter are not to be undermined, Article 1(1)(a) of Directive 2002/90 cannot be interpreted as seeking to ensure that the conduct of a person such as OB — which consists in taking with him or her, at the time of his or her unauthorised entry into the territory of a Member State, his or her child or other minor over whom he or she exercises actual care — is characterised as 'facilitation of unauthorised entry' into that territory and criminalised on that basis».

[761] Туляков В. О. Апроксимація кримінального законодавства України до права ЄС (методологія питання). Одеса : НУ «ОЮА», 2023. 23 с.

762 [762] Directive (EU) 2024/1226 of the European Parliament and of the Council of 24 April 2024 on the definition of criminal offences and penalties for the violation of Union restrictive measures and amending Directive (EU) 2018/1673. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/1226/oj

(яка мала бути імплементована державами учасницями до 20.05.2025): ст. 3 Директиви передбачає детальний перелік кримінальних правопорушень, пов'язаних з порушенням санкцій ЄС. Такі злочини стосуються порушення індивідуальних заходів (наприклад, заморожування активів і заборони на поїздки), порушення економічних і фінансових галузевих заходів і ембарго на постачання зброї, а також обхід санкцій ЄС. Порушення щодо обходу стосується, зокрема, випадків, коли визначені особи, організації та органи використовують, передають третій стороні або іншим чином розпоряджаються коштами чи економічними ресурсами, якими вони прямо чи опосередковано володіють, утримують чи контролюють їх, щоб приховати ці кошти чи економічні ресурси. Це також стосується випадків, коли неправдива або вводить в оману інформація надається компетентним органам з метою приховування заморожених коштів або економічних ресурсів. Крім того, таке правопорушення також охоплює неподання звітності про активи, що належать, володіють, утримуються або контролюються призначеними особами, організаціями чи органами, а також включає ненадання компетентним органам інформації про заморожені кошти чи економічні ресурси в порушення відповідні зобов'язання, викладені в Регламентах Ради, що встановлюють обмежувальні заходи Союзу. Крім того, ст. 3(2) Директиви вводить грошові пороги, що дозволяє державам–членам розрізняти кримінальні та адміністративні правопорушення. Це положення, яке було введено Радою з метою забезпечення поваги до принципів кримінального права пропорційності та ultima ratio, дозволяє державам–членам не криміналізувати злочинну поведінку відповідно щодо коштів, економічних ресурсів, товарів, послуг, діяльності чи операцій на суму менше 10 000 євро. Цей поріг не поширюється на порушення заборони на в'їзд. З точки зору mens rea, всі кримінальні правопорушення, які охоплюються Директивою, вимагають наміру. Серйозна недбалість, визначення якої покладено на національне законодавство, вимагається як стандарт провини принаймні для кримінального правопорушення, пов'язаного з порушенням торговельних обмежень, коли йдеться про зброю чи предмети подвійного використання.

Нарешті, Директива вводить конкретне виключення з кримінальної відповідальності за надання «гуманітарної допомоги особам, які її потребують, або діяльність на підтримку основних людських потреб, що надається відповідно до принципів неупередженості, гуманності, нейтралітету та незалежності та, у відповідних випадках, з міжнародне гуманітарне право». Це положення є особливо необхідним для забезпечення достатньої правової ясності та передбачуваності для кожного

громадянина, особливо гуманітарних організацій, щодо будь-яких можливих (злочинних) наслідків їхніх дій, щоб не перешкоджати наданню гуманітарної допомоги, коли це необхідно, і щоб уникнути ненавмисних побічних ефектів, які Санкції ЄС можуть дати[763].

У щорічних Звітах про розширення в контексті України йдеться про питання криміналізації, зокрема, у Звіті за 2024 р. позитивно оцінена криміналізація товарної контрабанди, але критиці піддано кримінально-правове регулювання обігу зброї[764].

Втім, як зазначається дослідниками, в ЄС напруженість між національним суверенітетом і транснаціоналізмом є особливо помітною. Такі інструменти, як Європейський ордер на арешт (EAW), уособлюють рух до взаємного визнання судових рішень між державами–членами. EAW спрощує процеси екстрадиції, вимагаючи від держав–членів довіри до правових систем одна одної, але водночас піднімає питання захисту національних правових традицій і процесуальних гарантій. Наприклад, принцип пропорційності став критично важливим механізмом для забезпечення того, щоб втручання на рівні ЄС поважало автономію окремих держав–членів і водночас ефективно вирішувало транскордонні проблеми. Принцип субсидіарності, невід'ємний елемент управління ЄС, спрямований на досягнення балансу шляхом забезпечення прийняття рішень на найбільш відповідному рівні — місцевому, національному або наднаціональному. У кримінальному праві цей принцип пом'якшує ризики надмірної криміналізації та зберігає різноманітність національних правових культур. Однак зростання масштабів транснаціональних злочинів ставить під сумнів практичне застосування

763 [763] Csonka, Peter and Zoli, Lucia (2024) The New Directive on the Violation of Union Restrictive Measures in the Context of the EPPO. URL: https://eucrim.eu/articles/the-new-directive-on-the-violation-of-union-restrictive-measures-in-the-context-of-the-eppo/#docx-to-html-fnref7

[764] Ukraine made progress by criminalising the smuggling of goods, including cigarettes, through an amendment to the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure in December 2023…

764 Ukraine still lacks a law on acquisition and possession of civilian firearms. However, it made progress in this area with the adoption of a law ensuring the participation of civilians in the defence of Ukraine, improving the mechanism to declare and control firearms. The Criminal Code does not fully comply with international obligations, in particular on the legal circulation of firearms. Certain types of weapons, including military-grade firearms need to be more strictly controlled, and Ukraine needs to introduce liability for illicit firearms manufacturing and trafficking. Ukraine 2024 report. URL: https://enlargement.ec.europa.eu/document/download/1924a044-b30f-48a2-99c1-50edeac14da1_en?filename=Ukraine%20Report%202024.pdf

принципу субсидіарності, вимагаючи інноваційних рішень, які б підтримували цю крихку рівновагу[765].

Наведені концептуальні положення, як видається, мають бути враховані при визначені механізмів гармонізації кримінального права України із відповідними нормами права ЄС.

При цьому, як зазначає В. Туляков, алгоритм відпрацювання апроксимації відомий: аналіз чинного кримінального законодавства ЄС супранаціонального рівня, практики Європейського суду справедливості, директив Європейської комісії, процедур притяг нення до відповідальності за порушення чи недотримання законодавства ЄС, проєктів директив Європейської комісії з приводу кримінальної політики криміналізації та пеналізації діянь (матеріальний, процедурний, процесуальний, пенітенціарний і превентивний аспекти), загальноєвропейського законодавства некримінального профілю, що потребує додаткового захисту нормами кримінального права. Такий підхід до гармонізації національного кримінального права з відповідним правом ЄС з метою забезпечення послідовності та узгодженості у застосуванні кримінального права ЄС як *ultima ratio* включає: визначення права ЄС з урахуванням конкретних положень договорів, регламентів і директив ЄС із погляду принципу субсидіарності (рівня обов'язковості імплементації норми); аналіз відповідних положень національного кримінального законодавства та визначення того, як вони відповідають праву ЄС; оцінку рівня наближення складів злочинів та системи санкцій до права ЄС; визначення балансу інтересів з точки зору послідовності та узгодженості у застосуванні права ЄС з необхідністю поважати національний суверенітет держав членів ЄС та їхнє право визначати кримінальні правопорушення і карати за них через тлумачення або імплементації правоположення[766].

Розвиток кримінального права ЄС свідчить про ширший зсув від обґрунтування «співпраці» до обґрунтування «інтеграції» національних систем кримінального правосуддя за функціональними ознаками.[767]

---

[765] Туляков В. О. Транснаціональна кримінальна політика: деякі погляди на проблему. Матеріали V Яценківських читань : Збірка тез доповідей учасників наук.-практич. конф. «Сучасне кримінальне право України: конституційний, міжнародно-правовий та порівняльно-правовий виміри» (27 груд. 2024 р.). Київ, 2025. 148 с.

[766] Туляков В. О. Апроксимація кримінального законодавства України до права ЄС (методологія питання). *Право України.* 2023. №3. С. 101 — 114.

[767] Oberg J. Normative justifications of EU criminal law: European public goods and transnational interests URL: https://lucris.lub.lu.se/ws/portalfiles/portal/138135128/European_Law_Journal_2023_berg_Normative_justifications_of_EU_criminal_law_European_public_goods_and_transnational_1_.pdf

За результатами вивчення перспектив прямого застосування директив ЄС у кримінальному праві Литви як держави–члена ЄС, колектив авторів зробив наступні висновки: пряме застосування директив у національних судах у кримінальних справах можливе теоретично за умови дотримання певних умов, але на практиці це складно через специфіку кримінального законодавства та зобов'язання не порушувати певні загальні принципи, такі як правова визначеність, передбачуваність, відсутність зворотної дії тощо. Аналіз національної судової практики показує, що роль директив ЄС дещо зростає, оскільки вони використовуються як додаткове джерело, що зміцнює та обґрунтовує національні правила, виражаючи повагу до права ЄС та загальних цінностей, але прямого впливу на національне кримінальне право не встановлено. Було лише одне звернення за попереднім рішенням у кримінальній справі, і жодного після Лісабонського договору, що може свідчити про дві альтернативи: або національне регулювання є чітким та відповідає законодавству ЄС, або національні юристи все ще занадто пасивні, можливо, через брак якості та досвіду[768].

Що стосується переліку конкретних «єврозлочинів»[769], то зазначається, що групи злочинів, що підлягають апроксимації у процесі приведення Національного законодавства України до європейських стандартів, є наступними: тероризм, торгівля людьми та сексуальна експлуатація жінок і дітей, незаконний обіг наркотиків, незаконна торгівля зброєю, відмивання грошей, корупція, підробка платіжних засобів, комп'ютерні злочини та організована злочинність. У більш розвинутому переліку деліктів, пов'язаних з корупцією, окрім самої корупції, як визначено 32в Конвенції, розробленій на основі статті К.3(2) (с) Договору про європейський Союз про боротьбу з корупцією за участю посадових осіб європейських Співтовариств або посадових осіб держав–членів європейського Союзу та в Рамкового рішення Ради 2003/568/JH, це: участь у злочинній організації, як визначено в Рамковому рішенні Ради 2008/841/ JHA; тероризм, як визначено в Директиві (єС) 2017/541 європейського Парламенту та Ради; торгівля людьми, як визначено в

[768] Gruodyte, Edita & Milčiuvienė, Saulė & Palioniene, Neringa. (2020). The Role of EU Principles in Criminal Law: is the Principle of Direct Effect Applicable?. Baltic Journal of Law & Politics. 13. 49-75. 10.2478/bjlp-2020-0011.

769

[769] In the area of substantive criminal law, EU competence has been limited to establishing "minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension," (EU crime). EU strategy on criminal justice. URL: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/eu-strategy-criminal-justice_en

Директиві 2011/36/ єС європейського Парламенту та Ради; незаконний обіг наркотичних засобів та психотропних речовин, як визначено в Рамковому рішенні Ради 2004/757/ЈНА; відмивання грошей, як визначено в Директиві (єС) 2018/1673 європейського Парламенту та Ради; підробка платіжних засобів, як визначено в Директиві (єС) 2019/713 європейського Парламенту та Ради; підробка валюти, включаючи євро, як визначено в Директиві 2014/62/єС європейського Парламенту та Ради; комп'ютерні злочини, як визначено в Директиві 2013/40/єС європейського Парламенту та Ради; незаконний обіг зброї, боєприпасів та вибухових речовин, як визначено у Протоколі проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності; шахрайство, включаючи шахрайство та інші кримінальні правопорушення, що впливають на фінансові інтереси Союзу, як визначено в Директиві (єС) 2017/1371 європейського Парламенту та Ради; екологічні злочини, включаючи незаконну торгівлю видами тварин, що перебувають під загрозою зникнення, та видами і сортами рослин, що перебувають під загрозою зникнення, як визначено в Директиві 2008/99/ єС європейського Парламенту та Ради, а також злочини, пов'язані із забрудненням з суден, як визначено в Директиві 2005/35/єС із поправками, внесеними Директивою 2009/123/ЄС; сприяння несанкціонованому в'їзду та проживанню, як визначено в Рамковому рішенні Ради 2002/946/ЈНА та Директиві Ради 2002/90/єС тощо[770].

До того ж, як зазначається, існує певна кількість інших видів злочинів, гармонізація яких пов'язується із «загальноєвропейськими» через «подвійну превенцію» чи гармонізацію санкцій. Цей невичерпний перелік на сьогодні включає такі склади як: (a)підробка та піратство продукції; (b) незаконний обіг культурних цінностей, зокрема антикваріату та творів мистецтва; (c) підробка адміністративних документів та їх незаконний обіг (d) вбивство або нанесення тяжких тілесних ушкоджень; (e) незаконна торгівля людськими органами та тканинами (f) викрадення, незаконне позбавлення волі або захоплення заручників (g) організоване або збройне пограбування; (h) рекет та вимагання; (i) торгівля

[770] Туляков В. О. Гармонізація матеріально-правових норм щодо корупції: виклики для Європейського Союзу та України. *Кримінально-правова протидія корупції у воєнній та повоєнній Україні* : матер. міжнар. наук. конф., (м. Харків, 24 листоп. 2023 р.) / редкол. : Ю. А. Пономаренко та ін. ; Коміс. з питань прав. реформи при Президентові України ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса ; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права». Харків, 2024. 234 с.

викраденими транспортними засобами; (j) податкові злочини, пов'язані з прямими та непрямими податками і визначені національним законодавством держав–членів, які караються позбавленням волі або арештом на строк не менше одного року; (k) зловживання на ринку, інсайдерські операції та маніпулювання ринком; (l) порушення обмежувальних заходів Союзу, визначених у Директиві Європейського Парламенту та Ради[771].

Цікавим є досвід розгляду пропозицій щодо криміналізації діянь на грунті ненависті та мови ворожнечі, який триває на рівні Брюсселя вже декілька років і включає інтенсивний обмін думками різних зацікавлених осіб[772]. Іншим прикладом системного підходу на рівні ЄС до пропозицій щодо криміналізації є дискусія щодо кримінально-правових засобів протидії корупції. Так, проєкт оновленої Директиви 2023 р. на цю тему містить докладний аналіз, що включає навіть таблиці стану криміналізації окремих діянь на рівні держав–членів, де зазначено, наприклад, що торгівля впливом не криміналізована у двох державах–членах ЄС, а незаконне збагачення — у 17[773].

Існують також ситуації термінового реагування на необхідність змін у європейському законодавстві кримінального профілю, коли Єврокомісія чи Парламент рекомендують змінити певні положення діючого законодавства, спираючись на досвід змін у регуляції суспільних відносин. Наприклад, 15 грудня 2021 року Європейська Комісія представила пропозицію щодо Директиви про захист довкілля за допомогою кримінального права на заміну Директиви 2008/99/ЄС. Було запропоновано на рівні Союзу додати до переліку діянь, які вимагають гармонізації, нові правопорушення, такі як: незаконна торгівля деревиною, незаконна утилізація суден, незаконний забір води[774].

---

[771] Туляков В. О. Апроксимація кримінального права України у контексті законодавчої роботи ЄС: перспективи та методи. *Вісник Національної академії правових наук України*, 2023. Т. 30, № 3. С. 323–335.

772

[772] Proposals to extend the list of EU crimes to all forms of hate crime and hate speech. URL: https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-protecting-our-democracy-upholding-our-values/file-hate-crimes-and-hate-speech

773

[773] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating corruption, replacing Council Framework Decision 2003/568/JHA and the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union and amending Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2023:234:FIN

[774] Туляков В. О. Субсидіарність криміналізації у європейському праві. *Кримінальна юстиція в Україні: реалії та перспективи* : матер. Кругл. столу (23 верес. 2022 р.) / упор.

Втім, на національному рівні Європейський суд визначив, що національне кримінальне провадження не може ґрунтуватися виключно на європейських правилах; має існувати національне правило, яке встановлює відповідальність. Це особливо стосується прямої дії невиконаних або неправильно виконаних Директив. Коли термін імплементації Директиви закінчується, а національний парламент не діє або діє неправильно, положення Директив набувають прямої дії в національному правопорядку. Однак ця пряма дія надається лише громадянам, які посилаються на права, передбачені Директивою. У кримінально-правовій сфері невиконані Директиви не можуть накладати кримінальну відповідальність на осіб через принцип законності. У справі *Kolpinghuis* Європейський суд обмежив пряму дію у кримінально-правових справах через принцип законності. Суд постановив, що це порушить принцип законності, якщо національне кримінальне переслідування ґрунтуватиметься на Директиві, яка не має правової основи в національному правопорядку. У більш загальному сенсі Європейський суд часто називає це застосування принципу законності «принципом, що покарання повинні мати належну правову основу», а належною правовою основою є національна правова основа[775].

Прикладом можливої невідповідності кримінального права України європейському *acquis* є, на думку О. Пасєки та І. Вишневської, неможливість застосування заходів кримінально-правового впливу до юридичних осіб у зв'язку із вчинення торгівлі людьми[776].

В цьому контексті зауважимо, що на дисертаційному рівні європейськими дослідниками виокремлюються такі методи імплементації положень права ЄС до національного кримінального законодавства:

копіювання тексту з акту ЄС до національного права. Популярний метод, який несе ризик порушення системності на національному рівні, якщо норми ЄС формулюються у нетрадиційний спосіб для певної національної системи.

Посилання на акт права ЄС. Проста техніка, яка, втім покладає обов'язок на громадянина слідкувати за змінами права ЄС.

І. В. Гловюк, Н. Р. Лащук, В. В. Навроцька, І. Р. Серкевич, Н. І. Устрицька. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2022. С. 96–101.

[775] URL: https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/728007/guid-62d84558-50bc-4711-9cd2-29525c99e05c-ASSET1.0.pdf

[776] Pasyeka, O., & Vyshnevska, I. (2024). Compliance of criminal legislation of the EU and Ukraine in the field of combating human trafficking with the acquis communautaire. *Social and Legal Studios*, 7(4), 248–259. URL: https://doi.org/10.32518/sals4.2024.248

Переклад. Зручний для забезпечення правової визначеності на національному рівні, але несе ризики неправильного або неповного врахування національним законодавцем змісту акту права ЄС.

Інтерпретація. Полягає у тлумаченні та застосуванні попередньо існуючого національного законодавства національними судами з урахуванням змісту акту права ЄС. Не вважається достатнім засобом і піддається критиці з боку Суду Справедливості[777].

Як приклад можна взяти вже зазначену вище Директиву 2024/1226 щодо криміналізації порушень обмежувальних заходів ЄС[778], відповідно до якої держави–члени ЄС зобов'язані класифікувати навмисні порушення санкцій ЄС як кримінальні правопорушення (у деяких випадках навіть серйозна недбалість може бути достатньою для порушення кримінальної відповідальності).

Типи навмисної поведінки, яка тепер має бути криміналізована на національному рівні в один із наведених вище способів, включають: надання коштів або економічних ресурсів визначеним особам або організаціям; ведення торгівлі, що стосується товарів, що підпадають під обмеження, включаючи брокерську діяльність, технічну підтримку або інші пов'язані послуги; надання обмежених фінансових або інших послуг; та порушення умов дозволів, наданих компетентними органами, необхідних для діяльності, забороненої санкціями ЄС. Крім того, дії, спрямовані на обхід санкцій, пов'язаних з обмеженнями щодо заморожування активів, такі як навмисне нерозкриття заморожених активів або приховування їхнього статусу, також повинні розглядатися як кримінальні правопорушення. Директива також визначає обов'язкові мінімальні пороги для максимального рівня покарання за порушення санкцій, що застосовуються до (i) фізичних осіб та (ii) компаній[779].

Насамкінець в контексті саме концептуальних засад модернізації кримінальної юстиції зазначимо про важливість розвитку такого

777

[777] Peristeridou, C. (2015). The principle of legality in European criminal law. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Intersentia. URL: https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/728007/guid-62d84558-50bc-4711-9cd2-29525c99e05c-ASSET1.0.pdf

778

[778] Directive (EU) 2024/1226 of the European Parliament and of the Council of 24 April 2024 on the definition of criminal offences and penalties for the violation of Union restrictive measures and amending Directive (EU) 2018/1673. URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1226/oj

779

[779] The EU Moves To Harmonise Criminal Liability for Sanctions Breaches Across Member States. URL: https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102k9jy/the-eu-moves-to-harmonise-criminal-liability-for-sanctions-breaches-across-member

інституту, як феномен доброчесності та професійної етики. На перший погляд, ці правові явища перебувають доволі далеко одне від одного. Але, в сучасних умовах думка про невідворотність нетяжкої відповідальності як кращий інструмент запобігання девіаціям, ніж загроза кримінального покарання, процедура застосування якої складніша і довша, набуває нового звучання.

Якщо, наприклад, прослідкувати за кваліфікаційним оцінюванням кандидатів на посади суддів[780], в тому числі із застосуванням Єдиних показників для оцінки доброчесності та професійної етики судді (кандидата на посаду судді), затверджених рішенням ВРП від 17.12.2024 № 3659/0/15-24[781], то очевидною стає тенденція публічного надання різним фактам порушень етики або законодавства (наприклад, порушення Правил дорожнього руху, надання неправдивої інформації в будь-якій офіційній процедурі, наявність непояснених активів) з боку правників змістовної оцінки, внаслідок чого в багатьох випадках особи не отримують можливості просуватися далі в конкурсі і інформація про такі порушення стає публічною. Якщо прогнозувати поширення практик оцінки доброчесності на весь корпус публічних службовців, то є підстави для висновку про те, що таким регулюванням буде охоплено доволі значна частина суспільства. Можна очікувати підвищення рівня негативного ставлення цих осіб, а також інших членів суспільства, які будуть обізнані з цим підходом, зокрема про те, що навіть несуттєві порушення впливатимуть на статус у суспільстві і кар'єрні можливості.

Таким чином, ця «теорія розбитих вікон навпаки» або теорія «доброчесного громадянина» полягає в тому, що чим більше публічними та реальними стають негативні наслідки для особи, яка вчиняла дрібні правопорушення або порушення професійної етики, тим більш вагомими стають наслідки вчинення кримінальних правопорушень, і в далекій перспективі це може призвести до можливості «заміни» у системі соціального регулювання певних нетяжких кримінальних правопорушень іншими видами правопорушень з менш тяжкою відповідальністю за них, тобто до певної системної декриміналізації за рахунок підвищення ефективності та дієвості настання негативних наслідків в парадигмі інших видів відповідальності.

780

781

[780] Вища кваліфікаційна комісія суддів України. *Офіційний веб сайт*. URL: https://www.vkksu.gov.ua/

[781] Про затвердження Єдиних показників для оцінки доброчесності та професійної етики судді (кандидата на посаду судді). Рішення Вищої ради правосуддя від 17.12.2024 р. № 3659/0/15-24. URL: https://hcj.gov.ua/doc/doc/49121

Висновки. Проведене в цьому розділі дослідження дозволило дійти таких висновків.

1. Відсутність усталеної актуальної концепції принципів та факторів, що впливають на криміналізацію, та методології її застосування до аналізу криміналізації конкретних діянь (поведінки) погіршує стан кримінально-правових досліджень та актуалізує питання її розробки, особливо на фоні ризиків відбиття збройної агресії. Разом з тим, законодавчому процесу в царині криміналізації суттєво бракує системи забезпечення обґрунтованості рішень щодо криміналізації та врахування експертних позицій.

2. Дослідження парадигми криміналізації та декриміналізації поведінки людини відповідно до викликів воєнного та повоєнного періодів а також у взаємозв'язку із зазначеною проблематикою пропонується здійснювати:

1) через використання фундаментальних засад та ідей про криміналізацію, які зосереджено у концепції принципів криміналізації.

2) в контексті та з урахуванням наслідків правового аналізу *acquis communautaire* щодо вирішення кримінально-правових питань.

3. Доцільно формулювати принципи криміналізації не як сукупність правил законотворчої техніки у відповідній сфері а як засадничі положення комплексного характеру. За результатами аналізу наявних доктринальних підходів пропонується наступна модель принципів криміналізації:

1) обґрунтованість криміналізації (виключно за наявності підстави);

2) системність криміналізації (виключно за умови відповідності криміналізації засадам правотворчості та іншим елементам правової системи одного або вищого рівня, закони та конституція, міжнародні договори). Системність як принцип криміналізації має наступні елементи: міжнародно-правова, конституційно-правова, кримінально-правова, кримінально-процесуальна, системність криміналізації як правотворчої діяльності;

3) пропорційність криміналізації як втручання у приватне життя (за обсягом діянь які криміналізуються та відносно рівня кримінально-правової репресії за схожі діяння).

4. Часовий вимір криміналізації має суттєве значення з точки зору антропологічного погляду на криміналізацію як обмеження свободи людини. Фактично, через застосування або незастосування термінів давності злочинність діяння може бути різною саме в часі. Тобто, з огляду на концепцію антропології криміналізації значення має злочинність діяння для конкретної особи в конкретний момент часу. Якщо

внаслідок поширення заборони застосування термінів давності певне діяння стає караним на довший період, варто говорити про розширення меж криміналізації.

5. Основними напрямами нормативного забезпечення відсічі агресії та подолання її наслідків кримінально-правовими засобами за вказаний період стали наступні:

– пряма заборона різних форм колаборації громадян із агресором (статті 111^1, 111^2, 114^2), включно із передумовами для інформаційної протидії (ст. 436^2), виокремлення злочинів проти людяності (ст. 442^1).

– забезпечення кримінально-правовими засобами процесів мобілізації та ведення бойових дій (статті 336^1, 31^1).

– підвищення кримінально-правового захисту учасників оборони (ст. 435^1), з одночасним превентивним впливом на деякі елементи сектору безпеки і оборони через включення їх до кола суб'єктів військових правопорушень.

– попередження зловживань у сферах, пов'язаних із забезпеченням «тилових» процесів (статті 416, 417, криміналізація дій спеціалістів в ролі експертів у судовому процесі, розкрадання гуманітарної допомоги).

6. Варто вдосконалити формулювання частини другої статті 401 КК стосовно осіб, «які під час дії воєнного стану залучені до безпосередньої участі у бойових діях», адже відповідно до ч. 4 ст. 24 Закону «Про Національну поліцію», під час дії воєнного стану поліція особливого призначення в ході відсічі збройної агресії проти України за рішенням військового командування, погодженим з керівником поліції або уповноваженою ним особою, може брати участь в обороні України відповідно до Закону «Про оборону України» шляхом безпосереднього ведення бойових дій.

Крім того, доцільним є розширення обставин, за наявності яких до поліцейських поліції особливого призначення застосовується відповідна норма, а саме у разі їх залучення до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України, а також при виконанні завдань щодо участі в обороні держави.

7. Обґрунтовується, що відповідальність, передбачена статтею 31^1 КК, не є ані формою співучасті, ані причетності (принаймні, жодною з «традиційних» форм причетності). Зокрема, навряд чи це можна вважати потуранням злочину або недонесенням. На нашу думку, є підстави для виділення такого окремого складу злочину, але не в межах Загальної частини, а в Розділі Особливої частини, де закріплені статті про злочини підлеглих такого командира.

8. Щодо злочину агресії.

Варто взяти до уваги зауваження фахівців ГЮУ Апарату ВРУ до законопроєкту 11484, стосовно більш детального запозичення відповідно статті 8bis РС, у той час як чинний КК навіть із змінами від 2023 р. доволі лаконічно описує ознаки складу злочину. Зокрема, замість «акту агресії» як поняття, визначеного РС, Україною використовується подвійний феномен «агресивна війна чи воєнний конфлікт» у ч. 1 ст. 437 та «агресивна війна або агресивні воєнні дії» у ч. 2 ст. 437 КК, що зумовлює необхідність проведення порівняльного аналізу цих понять і несе в собі ризики з точки зору правової визначеності. Також, у КК відсутні бодай які ознаки суб'єкта злочину.

9. Щодо воєнних злочинів. Чинний КК із змінами, внесеними у 2025 р. щодо дітей, все одно оперує відкритим переліком бланкетного характеру, не зважаючи на те, що частина відповідних порушень прямо виписана в диспозиції статті. Варто розглянути при побудові відповідної норми шлях альтернативного посилання або на Порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ або на статтю 8 РС. Порушення законів та звичаїв війни не тотожні діянням, переліченим у статті 8 РС. Тому доцільно використати досвід авторів РС щодо наведення у тексті КК чіткого переліку діянь.

10. Сукупність обставин у вигляді змін до Конституції України, низки вже ратифікованих міжнародних договорів, у яких йдеться про криміналізацію певних діянь, а також надання Україні статусу кандидата на вступ до ЄС обумовлює доцільність врахування міжнародно-правових зобов'язань як окремого гіпер-фактора криміналізації. Разом із історичною традицією цьому чиннику варто відвести роль «фундаментального» елемента контексту, в якому розглядається питання і ухвалюється рішення про криміналізацію.

11. Стосовно права ЄС важливо усвідомлювати особливості вирішення саме питань криміналізації, в тому числі через концепцію *good governance* (*effective governance & democratic governance*), яка широко розроблена та застосовується в межах ЄС

12. Стаття 83 Договору про функціонування Європейського Союзу визначає перелік певних «сфер злочинності», а не конкретних складів злочинів. Зауважимо, що Договір говорить про «визначення інших сфер злочинності згідно з критеріями, визначеними в цій частині».

Це критерії наступні: I. Особливо тяжкий характер злочину та II. Транскордонний характер (зміст) злочину, які випливають з: 1) природи злочину або 2) наслідків злочину, або 3) особливої необхідності спільно протидіяти злочину. Частина друга статті 83 визначає, що якщо

наближення кримінального законодавства доводить істотну важливість забезпечення ефективного виконання політики Союзу у сфері, де вжито заходів із гармонізації, директиви можуть запровадити мінімальні правила, що визначають кримінальні злочини та санкції у відповідній сфері. Таким чином, ЄС наділений повноваженнями щодо «визначення кримінальних злочинів та санкцій», якщо а) це відноситься до сфери особливо тяжкої злочинності транскордонного змісту та б) наближення кримінального законодавства є істотно важливим для ефективного виконання політики Союзу в іншій сфері.

13. Прикладом тлумачення права ЄС в контексті національного законодавства у сфері криміналізації є рішення Суду Справедливості ЄС у справі Kinsa (C-460/23), суть якого полягає в тому, що Статтю 1(1)(а) Директиви Ради 2002/90/ЄС від 28.11.2002, що визначає сприяння несанкціонованому в'їзду, транзиту та проживанню, у світлі статей 7 та 24 і статті 52(1) Хартії основних прав Європейського Союзу, слід тлумачити так, що, по-перше, поведінка особи, яка, порушуючи правила, що регулюють пересування осіб через кордони, ввозить на територію держави–члена неповнолітніх, які є громадянами третіх країн і супроводжують її, і над якими вона здійснює фактичну опіку, не підпадає під загальний склад правопорушення сприяння несанкціонованому в'їзду, і, по-друге, ці статті перешкоджають національному законодавству криміналізувати таку поведінку

14. В цьому контексті зауважимо, що на дисертаційному рівні європейськими дослідниками виокремлюються такі методи імплементації положень права ЄС до національного кримінального законодавства:

1) копіювання тексту з акту ЄС до національного права. Популярний метод, який несе ризик порушення системності на національному рівні, якщо норми ЄС формулюються у нетрадиційний спосіб для певної національної системи.

2) посилання на акт права ЄС. Проста техніка, яка, втім покладає обов'язок на громадянина слідкувати за змінами права ЄС.

3) переклад. Зручний для забезпечення правової визначеності на національному рівні, але несе ризики неправильного або неповного врахування національним законодавцем змісту акту права ЄС.

4) інтерпретація. Полягає у тлумаченні та застосуванні попередньо існуючого національного законодавства національними судами з урахуванням змісту акту права ЄС. Не вважається достатнім засобом і піддається критиці з боку Суду Справедливості.

15. Особливо актуальною для України наразі є Директива 2024/1226 щодо криміналізації порушень обмежувальних заходів ЄС, відповідно до

якої держави–члени ЄС зобов'язані класифікувати навмисні порушення санкцій ЄС як кримінальні правопорушення (у деяких випадках навіть серйозна недбалість може бути достатньою для порушення кримінальної відповідальності).

16. Наразі очевидною в Україні стає тенденція публічного надання різним фактам порушень етики або законодавства (наприклад, порушення ПДР, надання неправдивої інформації в будь-якій офіційній процедурі, наявність непояснених активів) з боку правників змістовної оцінки, внаслідок чого в багатьох випадках особи не отримують можливості просуватися далі в конкурсі і інформація про такі порушення стає публічною. Якщо прогнозувати поширення практик оцінки доброчесності на весь корпус публічних службовців, то є підстави для висновку про те, що таким регулюванням буде охоплено доволі значна частина суспільства. Можна очікувати підвищення рівня негативного ставлення цих осіб, а також інших членів суспільства, які будуть обізнані з цим підходом, зокрема про те, що навіть несуттєві порушення впливатимуть на статус у суспільстві і кар'єрні можливості. Таким чином, ця «теорія розбитих вікон навпаки» або теорія «доброчесного громадянина» може полягати в тому, що чим більше публічними та реальними стають негативні наслідки для особи, яка вчиняла дрібні правопорушення або порушення професійної етики, тим більш вагомими стають наслідки вчинення кримінальних правопорушень, і в далекій перспективі це може призвести до можливості «заміни» у системі соціального регулювання певних нетяжких кримінальних правопорушень іншими видами правопорушень з менш суворою відповідальністю за них, тобто до системної декриміналізації за рахунок підвищення ефективності та дієвості настання негативних наслідків в парадигмі інших видів відповідальності.

Розділ 8. ВЕКТОРИ РОЗВИТКУ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Наталія АНТОНЮК,
доктор юридичних наук, доцент Верховний Суд,
заступник голови Касаційного кримінального суду
у складі Верховного Суду

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7582-2071

Анотація. У розділі досліджено і сформульовано основні вектори (орієнтири) для розвитку диференціації кримінальної відповідальності у кримінальному праві. Ці вектори (орієнтири) сформульовано на основі комплексного розуміння диференціації кримінальної відповідальності як складової принципу справедливості, який є засадничою ідеєю переважної більшості інститутів галузі кримінального права та відображає уявлення держави про пропорційність кримінально-правової репресії як реакції держави на вчинене кримінально каране діяння, змодельовану у КК України з використанням засобів диференціації кримінальної відповідальності.

Детальну увагу приділено правовій природі диференціації кримінальної відповідальності і аргументації того, що саме завдяки їй досягається забезпечення балансу між вчиненим кримінально-караним діянням та реакцією держави на вчинене, в тому числі шляхом кримінально-правового примусу.

Наголошено також на тому, що предметом диференціації кримінальної відповідальності є відносно поширені кримінальні правопорушення. Встановлено зв'язок між надмірною диференціацією кримінальної відповідальності, необґрунтованим виокремленням спеціальних норм, появою казуїстичних складів кримінальних правопорушень, що тягне за собою безпідставну конкуренцію та інші нетипові правозастосовні ситуації. Аргументовано тезу про те, що врахування законодавцем максимального рівня ушкодження об'єкта кримінально-правової охорони або досягнення максимального покарання вказують на те, що подальша диференціація не доцільна.

Виокремлено критерії (підстави) диференціації кримінальної відповідальності, якими запропоновано визнавати зміну суспільної небезпеч-

ності (характеру та ступеня тяжкості кримінального правопорушення порівняно із суспільною небезпечністю базового кримінального правопорушення) та характеристики особи, яка вчинила кримінально каране діяння.

Виокремлено засоби диференціації кримінальної відповідальності, які впливають на склад кримінального правопорушення або на форму кримінальної відповідальності особи.

Правову природу диференціації кримінальної відповідальності досліджено також у контексті її співвідношення із суміжними правовими поняттями, передусім індивідуалізацією кримінальної відповідальності, яка також є невід'ємною складовою принципу справедливості. Наголошено, що диференціація кримінальної відповідальності здійснюється законодавцем і полягає в побудові моделі кримінально караного діяння та визначенні меж потенційного впливу кримінально-правовими засобами на особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, а індивідуалізація кримінальної відповідальності здійснюється судом, виходячи із вчиненого суспільно небезпечного діяння, особи, яка його вчинила, та полягає у виборі конкретного заходу впливу на таку особу в межах потенційного впливу, який визначений законодавцем.

Обґрунтовано доцільність проведення наскрізної диференціації кримінальної відповідальності з урахуванням форми співучасті (групи осіб, організованої групи) та множинності (повторності та спеціального рецидиву). Реалізація такого підходу дозволить уникнути надмірної казуїстики, а також системно, цілісно диференціює кримінальну відповідальність з урахуванням однойменної диференціюючої ознаки.

Проаналізовано здійснену законодавцем диференціацію кримінальної відповідальності, яка проведена у Загальній та Особливій частинах кримінального закону і запропоновано перелік питань для наукової дискусії у контексті визначення перспективних кроків для диференціації кримінальної відповідальності у кримінальному законі.

Дослідження диференціації кримінальної відповідальності при незакінченому кримінальному правопорушенні дозволило зробити висновок про відсутність підстав для диференціації у разі вчинення замаху на кримінально каране діяння (незалежно від його виду) та закінченого діяння. Як наслідок, запропоновано відмовитися від зменшення верхньої межі найбільш суворого покарання у разі вчинення замаху.

Наголошено на необхідності визначення тих складів кримінальних правопорушень, відповідальність за які настає, починаючи зі стадії готування, в окремій статті Загальної частини Кримінального кодексу України. При цьому критеріями для виокремлення таких складів

кримінальних правопорушень запропоновано визнавати об'єкт посягання та характер суспільно небезпечного діяння.

Наголошено про відсутність підстав для диференціювання кримінальної відповідальності у разі вчинення кримінально караного діяння групою осіб без попередньої змови та групою осіб за попередньою змовою.

Узагальнюючи результати дослідження запропоновано орієнтири, які мають бути основою для окреслення правил для законодавця, які повинні враховуватися у ході процесу диференціювання кримінальної відповідальності, з метою забезпечення справедливого балансу між оцінкою вчиненого діяння і потенційними засобами кримінальної репресії, у межах якої суд індивідуалізує кримінальну відповідальність.

Орієнтирами для диференціації кримінальної відповідальності в кримінальному законі України необхідно вважати такі постулати: 1) критеріями диференціації кримінальної відповідальності є явна зміна суспільної небезпечності вчиненого посягання, а також врахування характеристик особи, яка його вчинила; 2) об'єкт посягання є первинним критерієм оцінки зміни суспільної небезпечності вчиненого посягання; 3) неможливість вичерпного окреслення кола тих ознак (показників), які явно впливають на зміну суспільної небезпечності всіх посягань, оскільки така оцінка зміни пов'язана з оцінкою передусім об'єкта посягання; 4) виокремлення наскрізних критеріїв диференціації кримінальної відповідальності, які завжди змінюють суспільну небезпечність вчиненого діяння та які повинні бути закріплені в Загальній частині КК України з визначенням диференціюючого впливу на кримінальні правопорушення; 5) недоцільність диференціації кримінальної відповідальності у разі досягнення максимального ступеня ушкодження об'єкта посягання або досягнення максимального покарання; 6) доцільність відмови від казуїстичного описання у кримінальному законі України диференціюючих критеріїв та перехід до застосування наскрізних підходів.

Ключові слова: кримінальне право, кримінальна відповідальність, диференціація, принципи кримінального права, кримінально-правова політика, критерії, види, засоби диференціації, заходи примусу.

Nataliya ANTONYUK,

VECTORS OF DEVELOPMENT OF DIFFERENTIATION OF CRIMINAL LIABILITY

Abstract. The section examines and formulates the main vectors (guidelines) for the development of differentiation of criminal liability in criminal law. These vectors (guidelines) are formulated based on a

comprehensive understanding of the differentiation of criminal liability as a component of the principle of justice, which is the fundamental idea of the vast majority of institutions in the field of criminal law and reflects the state's perception of the proportionality of criminal-legal repression as the state's response to a criminally punishable act, modeled in the Criminal Code of Ukraine using the means of differentiating criminal liability.

Special attention is paid to the legal nature of the differentiation of criminal liability and to the argument that it is precisely through it that a balance is achieved between the committed criminally punishable act and the state's response to it, including by means of criminal-legal coercion.

It is also emphasized that the subject of differentiation of criminal liability is relatively widespread criminal offenses. A connection is established between excessive differentiation of criminal liability, unjustified isolation of special norms, and the emergence of casuistic elements of criminal offenses, which entails unwarranted competition and other atypical law enforcement situations. The thesis is substantiated that when the legislator takes into account the maximum level of harm to the object of criminal-law protection or the achievement of the maximum punishment, further differentiation is inappropriate.

Criteria (grounds) for differentiating criminal liability are identified, which are proposed to include changes in social danger (the nature and degree of severity of the criminal offense compared with the social danger of the basic criminal offense) and the characteristics of the person who committed the criminally punishable act.

Means of differentiation of criminal liability are distinguished, which affect the elements of a criminal offense or the form of criminal liability of a person.

The legal nature of the differentiation of criminal liability is also studied in the context of its correlation with related legal concepts, primarily the individualization of criminal liability, which is also an integral component of the principle of justice. It is emphasized that differentiation of criminal liability is carried out by the legislator and consists in constructing a model of a criminally punishable act and defining the boundaries of the potential impact of criminal-legal means on the person who committed the offense, while individualization of criminal liability is carried out by the court, based on the committed socially dangerous act and the characteristics of the offender, and consists in choosing a specific measure of influence on such a person within the scope of the potential impact defined by the legislator.

The expediency of conducting comprehensive differentiation of criminal liability is substantiated, taking into account the form of complicity (group

of persons, organized group) and multiplicity (repetition and special recidivism). The implementation of such an approach will make it possible to avoid excessive casuistry and to systematically and comprehensively differentiate criminal liability, considering the corresponding differentiating factor.

The differentiation of criminal liability carried out by the legislator in the General and Special Parts of the criminal law is analyzed, and a list of issues is proposed for scientific discussion in the context of defining future steps for differentiating criminal liability in the criminal law.

The study of differentiation of criminal liability in cases of incomplete criminal offenses led to the conclusion that there are no grounds for differentiation in cases of attempted criminally punishable acts (regardless of type) and completed acts. As a result, it is proposed to abandon the reduction of the upper limit of the most severe punishment in cases of attempts.

It is emphasized that it is necessary to determine those elements of criminal offenses for which liability arises beginning from the stage of preparation, in a separate article of the General Part of the Criminal Code of Ukraine. The criteria for isolating such elements of criminal offenses are proposed to include the object of encroachment and the nature of the socially dangerous act.

It is stressed that there are no grounds for differentiating criminal liability in cases of offenses committed by a group of persons without prior conspiracy and by a group of persons with prior conspiracy.

Summarizing the results of the study, guidelines are proposed that should form the basis for outlining rules for the legislator, which must be taken into account in the process of differentiating criminal liability to ensure a fair balance between the assessment of the act committed and the potential means of criminal repression, within which the court individualizes criminal liability.

The guidelines for differentiation of criminal liability in the criminal law of Ukraine should be considered as the following postulates: 1) the criteria for differentiating criminal liability are a clear change in the social danger of the encroachment committed, as well as consideration of the characteristics of the offender; 2) the object of encroachment is the primary criterion for assessing changes in the social danger of the encroachment committed; 3) it is impossible to exhaustively outline the set of features (indicators) that clearly affect the change in social danger of all encroachments, since such an assessment is primarily related to the evaluation of the object of encroachment; 4) identification of comprehensive criteria for

differentiation of criminal liability that always change the social danger of the act committed and that should be enshrined in the General Part of the Criminal Code of Ukraine with the definition of their differentiating impact on criminal offenses; 5) differentiation of criminal liability is inappropriate in cases of maximum harm to the object of encroachment or maximum punishment; 6) it is advisable to abandon casuistic descriptions of differentiating criteria in the Criminal Code of Ukraine and move toward the application of comprehensive approaches.

Key words: criminal law, criminal responsibility, differentiation, principles of criminal law, criminal law policy, criteria, types, means of differentiation, coercive measures.

Однією з категорій кримінального права, яка є основою досліджень у царині цієї галузі, є диференціація кримінальної відповідальності. Важливість і необхідність диференціації кримінальної відповідальності складно переоцінити. Адже навіть з назви цього правового явища видно, що об'єктом диференціації є кримінальна відповідальність, яка є базовою категорією кримінального права.

Диференціація кримінальної відповідальності покликана, насамперед, продемонструвати підхід законодавця до врахування різних ознак, що впливають на суспільну небезпечність відмінних кримінально-протиправних проявів. Тому важливим аспектом дослідження проблеми диференціації кримінальної відповідальності є вивчення чинників, які призводять до необхідності застосування саме такого диференціювання. Ці чинники необхідно піднести на максимальний рівень абстракції, аби сформулювати орієнтири для подальшої диференціації кримінальної відповідальності.

Диференціація кримінальної відповідальності не може відбуватися хаотично, вона потребує ґрунтовної основи та повинна здійснюватися відповідно до чітко окреслених критеріїв. Метою існування такого явища, як диференціація кримінальної відповідальності, є досягнення справедливості, розуміння кожним членом суспільства причин більш жорсткої або навпаки більш поблажливої форми кримінально-правової реакції держави на вчинене суспільно небезпечне діяння.

Вчення про диференціацію кримінальної відповідальності полягає в з'ясуванні її правової природи, визначенні місця серед базових категорій кримінального права, в тому числі й серед принципів цієї галузі. Тісний зв'язок диференціації із кримінальною відповідальністю, яка фактично є фундаментом кримінального права, зумовлює наскрізний

вплив диференціації на більшість інститутів цієї галузі права. Також важливим є визначення поняття, змісту, видів, критеріїв, засобів та інших характеристик, які утворюватимуть теорію диференціації кримінальної відповідальності.

Для визначення векторів розвитку диференціації кримінальної відповідальності загалом, необхідно більш детально зупинитися на понятті та критеріях диференціації кримінальної відповідальності. Законодавець повинен мати чіткі науково-розроблені орієнтири для того, щоб розуміти, у яких випадках необхідно здійснювати диференціацію кримінальної відповідальності. Варто також дослідити можливості системної диференціації кримінальної відповідальності шляхом передбачення відповідних наскрізних положень у Загальній частині КК. Такі положення, розміщені саме у Загальній частині КК, дають змогу забезпечити однакові підходи до диференціації відповідальності за всі обрані групи складів кримінальних правопорушень (наприклад, умисні кримінальні правопорушення, необережні злочини, що полягають у порушенні спеціальних правил тощо).

Критерії диференціації кримінальної відповідальності необхідно виділити як на етапі криміналізації певного діяння, так і дослідити їх на етапі внесення змін у КК вже після того, як певна кримінально-правова норма діяла й існує практика щодо її застосування. Необхідно також дослідити законодавчу техніку, оскільки саме з її допомогою об'єктивується диференціація кримінальної відповідальності у статтях кримінального закону.

Вчення про диференціацію кримінальної відповідальності пов'язане із базовою категорією кримінального права — кримінальною відповідальністю. Вивчення сутності, закономірностей розвитку, критеріїв диференціації кримінальної відповідальності має на меті виявити фундаментальні ознаки цього феномену, з'ясувати закономірності проведення диференціації, обґрунтувати певні засадничі правила, які б дозволили законодавцю максимально точно відобразити саму ідею розрізнення кримінальної відповідальності у тексті закону.

Методологія дослідження диференціації кримінальної відповідальності як кримінально-правового феномену повинна ґрунтуватися на розумінні того, що це явище є складовою більш широкої кримінально-правової категорії — кримінальної відповідальності. Те, що диференціація кримінальної відповідальності є властивістю кримінальної відповідальності, зумовлює висновок, що диференціація кримінальної відповідальності, як і кримінальна відповідальність, пронизує більшість кримінально-правових явищ, інститутів.

Правова природа диференціації кримінальної відповідальності пов'язана із визначенням її ролі серед принципів кримінального права.

Диференціація кримінальної відповідальності покликана забезпечити справедливий, пропорційний баланс між базовим (загальним) посяганням зі всіма його ознаками/особою, яка вчинила таке діяння, та потенційним колом заходів, які передбачені законодавцем за вчинене у кримінальному законі. У кожному випадку після криміналізації або ж одночасно з нею законодавцю необхідно провести справедливу диференціацію кримінальної відповідальності. Адже лише баланс між оцінкою суспільної небезпечності вчиненого та особою злочинця, з одного боку, та кримінально-правовою репресією — з іншого, допоможуть забезпечити пропорційність впливу на особу та досягнути справедливості загалом.

Диференціація кримінальної відповідальності повинна узгоджуватися із моральними засадами суспільства, оскільки лише з урахуванням цього чинника може йтися про її справедливість та доцільність.

Диференціація кримінальної відповідальності становить конститутивну складову принципу справедливості і без цієї складової про справедливість у кримінальному праві не може йтися.

Досягнення справедливості можливе лише при комплексному підході з урахуванням тріади складових:

1) криміналізації/декриміналізації;

2) диференціації кримінальної відповідальності;

3) індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Тобто про справедливість можна дискутувати лише після виваженої, раціональної, такої, що відповідає інтересам суспільства, криміналізації/декриміналізації, паралельного визначення градації, варіативної оцінки кримінальної відповідальності за вчинене (диференціація кримінальної відповідальності) та наступної індивідуалізації такої відповідальності.

Неможливо досягнути справедливості на етапі індивідуалізації кримінальної відповідальності, якщо на етапах криміналізації та диференціації кримінальної відповідальності було порушено принцип справедливості. Не можна забувати того, що передумовою для максимальної індивідуалізації є проведення криміналізації та диференціації кримінальної відповідальності. Якщо суспільно небезпечне діяння не визнано злочином, то й до суду справа не дійде, і можливість досягнення справедливості буде втрачена одразу. Аналогічно, якщо діяння визначене законодавцем як злочинне, однак, для прикладу, має надто низькі санкції, то суд не зможе призначити винному необхідне покарання,

вийшовши за верхню межу, що теж буде сприйнято суспільством як несправедливе. Тож, у руках законодавця ключ для досягнення справедливості. Саме він повинен уміло провести криміналізацію або декриміналізацію, закласти у кримінальному законі шляхом проведення диференціації кримінальної відповідальності такі вихідні дані, які дозволять суду з урахуванням конкретних особливостей кримінального провадження, що розглядається, індивідуалізувати кримінальну відповідальність.

Тож, алгоритм дій простий. Спершу необхідно законодавчо передбачити коло кримінально протиправних посягань та межі для подальшої індивідуалізації. Якщо коло посягань та межі застосування санкцій не будуть відповідати засадам справедливості, то марно говорити про можливість досягнення справедливості на етапі застосування такого закону судом. Такий закон буде як машина без коліс: ніби існує, однак своєї функції не виконує. Цією машиною не зможе керувати навіть найкращий водій. Так само й суд не зможе досягнути справедливості, якщо законодавець її порушить на етапі криміналізації/декриміналізації та диференціації кримінальної відповідальності. Фактично досягнення справедливості можливе лише у разі успішного тандему законодавця та суду, де саме законодавець відіграє ключову роль.

Якщо помилку допустив законодавець, то вона набуває широченних масштабів. Адже всі правозастосувачі, в тому числі й суд, будуть обмежені тим, що написав законодавець. Якщо ж законодавець свою функцію у частині досягнення принципу справедливості виконав належно, то помилку суду, який з'являється на етапі індивідуалізації кримінальної відповідальності, легше виправити. Для цього є механізми апеляційного та касаційного переглядів.

Справедливим є той закон, який ухвалено з урахуванням кримінологічних критеріїв для криміналізації, який буде сприйнятий суспільством як своєчасний і домірний. Однак якщо критерії криміналізації не враховано законодавцем, а суспільство має сумніви щодо справедливості закону, то навряд чи такий закон можна визнати справедливим.

«Трикутник інтересів» правопорушника, потерпілого та соціуму наочно демонструє взаємний вплив таких інтересів один на одного і пошук балансу між ними шляхом відшукання справедливості. Інтереси суспільства полягають в забезпеченні адекватної реакції держави на вчинене кримінальне правопорушення з тим, щоб баланс між суспільною небезпечністю посягання і кримінальною відповідальністю за вчинене був

пропорційним. Не може покарання за крадіжку зумовлювати довічне позбавлення волі, однак можливість застосування такого покарання за умисне вбивство є цілком адекватною. Тобто інтерес суспільства в тому, щоб кримінальне правопорушення не залишилося без уваги, а було справедливо оцінено і потягнуло кримінально-правові заходи впливу. Навіть у тих випадках, коли інтереси винного та потерпілого збігаються, мають бути адекватно оцінені інтереси суспільства, в тому числі щодо загальної превенції.

Зазвичай потерпілі у своєму прагненні до помсти можуть мати невипрадано великі сподівання щодо суворості покарання. Однак це не завжди відповідатиме цілям, які ставить перед собою суспільство, та правам винного.

Винний вочевидь має свої інтереси, які полягають у зазнанні найменшого впливу кримінально-правовими засобами. Однак противагою його інтересам є інтереси потерпілого та суспільства.

Пошук балансу між інтересами названих груп є спершу завданням законодавця, який на абстрактному рівні без прив'язки до конкретно вчиненого кримінального правопорушення, особи винного та потерпілого визначить, яким має бути баланс між вчиненим і реакцією держави. Згодом суд застосує визначені законодавцем межі і конкретизує співвідношення між вчиненим і відповідальністю за це у цьому конкретному випадку. Фактично шляхом диференціації кримінальної відповідальності законодавець передбачає межі для судового угляду, встановлює своєрідний фільтр, який відсікатиме явно несправедливі судові рішення.

Тож, принцип справедливості у кримінальному праві реалізується через криміналізацію/декриміналізацію, диференціацію кримінальної відповідальності та індивідуалізацію кримінальної відповідльності у їх сукупності. Тобто диференціація та індивідуалізація кримінальної відповідальності є проявами загального принципу права — принципу справедливості у галузі кримінального права. Саме через ці три складові можна досягнути принципу справедливості у цій галузі. Диференціація, тобто варіативність кримінально-правового впливу, закріплена у статтях кримінального закону, є не самоціллю, а спрямована на реалізацію завдань кримінального закону у частині справедливого врахування інтересів суб'єкта кримінального правопорушення, потерпілого та суспільства.

Поряд із терміном «справедливість» часто вживають інший — пропорційність. Так Ю. В.Баулін, ведучи мову про справедливість, наголошує на рівному юридичному масштабі поведінки й пропорційності

юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню[782]. Пропорційність розуміють зокрема через те, що кримінально-правові засоби встановлюються відповідно до ступеня тяжкості кримінального правопорушення та застосовуються з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого кримінального правопорушення й особи винного[783]. Видається, що можна із впевненістю стверджувати, що фактично йдеться саме про принцип справедливості. Пропорція — це взаємозалежність. І у кримінальному законі йдеться про пропорцію між вчиненим суспільно небезпечним діянням та реакцією держави на вчинене шляхом визначення тих кримінально-правових засобів, які можуть бути застосовані до особи, що його вчинила. М. І. Хавронюк констатує, що пропорційність є основним відображенням справедливості, а пропорційність — як співмірність, адекватність має бути основою класифікації злочинів[784].

Принцип справедливості беззаперечно визнається базовим для кримінального права і його зміст полягає, в тому числі, й у належному диференціюванні кримінальної відповідльності, забезпеченні пропорційного співвідношення між вчиненим кримінально карани діянням, особою, яка його вчинила та потенційною кримінально правовою репресією.

Криміналізація/декриміналізація покликана визначити коло кримінально караних діянь, щоб таке коло було спрямоване на досягнення справедливості. Визнавати злочинним ті діяння, які суспільство не вважає суспільно небезпечними держава не повинна, оскільки вже на цьому етапі буде закладена логічна помилка і досягнення справедливості загалом буде неможливим. Вочевидь ідеться не про стовідсоткове сприйняття суспільством чогось злочинним або ж навпаки. Наука кримінологія має значну кількість механізмів для того, щоб максимально чітко визначити підстави для криміналізації й оцінку такого кроку суспільством.

Після криміналізації або ж одночасно з нею законодавцю необхідно провести справедливу диференціацію кримінальної відповідальності. Адже лише баланс між зростанням або навпаки пом'якшенням

[782] Баулін Ю. В. Принцип справедливості кримінального закону у практиці Конституційного Суду України. *Право України.* 2017. № 2. С. 25.

[783] Проєкт КК станом на 22 травня 2023 року. URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/22/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-22-05-2023.pdf

[784] Хавронюк М. І. Принципи нового Кримінального кодексу: якими вони можуть бути. URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/11/24/havronyuk-m-i-pryntsypy-novogo-kk-ukrayiny-tezy-dopovidi.pdf

кримінально-правового впливу держави на особу та вчиненим суспільно небезпечним діянням має бути нерозривний зв'язок.

Останньою складовою у тріаді складових принципу справедливості у кримінальному праві є справедлива індивідуалізація кримінальної відповідальності, тобто справедливе застосування кримінального закону судом з урахуванням конкретних обставин справи.

Не можна погодитись із тим, щоб звужувати мету проведення диференціації кримінальної відповідальності визкючно до визначення виду і розміру покарання за вчинене правопорушення. Диференціація кримінальної відповідальності не може ототожнюватися лише з видом та розміром покарання. Її ціллю не є полегшення роботи працівників правоохоронних органів та суду. Такий підхід щонайменше зміщує акценти з інтересів особи (як винного, так і потерпілого) на потреби практики застосування закону.

Вочевидь диференціація кримінальної відповідальності не обмежується лише інститутом покарання. Низка інших інститутів кримінального права, як-от інститут стадій, співучасті, множинності, конкуренція кримінально-правових норм, існування суміжних складів злочинів тощо є проявами диференціації кримінальної відповідальності.

Вона покликана забезпечити досягнення принципу справедливості через градацію кримінальної відповідальності залежно від типових ознак вчиненого. Призначенням диференціації кримінальної відповідальності є забезпечення досягнення справедливої реакції держави на вчинене кримінальне правопорушення законодавчими засобами.

Аргументованим є підхід, за яким потребу в диференціації кримінальної відповідальності пояснюють необхідністю відображення в кримінальному законі залежності між обсягом відповідальності та зміною (збільшенням або зменшенням) ступеня суспільної небезпечності злочинного посягання, а також необхідністю досягнення оптимального рівня судової дискреції[785]. Саме баланс між обсягом відповідальності та злочинним посяганням є своєрідними вагами в руках законодавця. Досягнення такого балансу є ціллю того законодавця, який прагне досягнути максимальної справедливості у питанні реагування держави кримінально-правовими заходами на вчинене діяння.

Спроба законодавця диференціювати кримінальну відповідальність є його варіативною оцінкою суспільної небезпечності посягання та особи

[785] Павлик Л. В. Диференціація кримінальної відповідальності, покарання та виконання покарання: особливості розмежування понять. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2015. № 2. С. 261.

винного. Таку оцінку законодавець здійснює на підставі Конституції України, яка наділила останнього правом і обов'язком визначити коло кримінально караних діянь і покарань за них. Водночас зрозуміло, що законодавець приймає кримінальний закон у певних суспільних умовах, а диференціацію кримінальної відповідальності здійснює крізь призму власного сприйняття. Тож, і результат, який буде відображений у тексті КК — це варіативна оцінка законодавцем його бачення співвідношення між суспільною небезпечністю вчиненого і реакцією на це з боку держави.

Законодавець, диференціюючи кримінальну відповідальність, намагається досягнути справедливості та балансу між злочином і карою. Однак той факт, що варіативна оцінка диференціації кримінальної відповідальності відбувається через суб'єктивне людське сприйняття цього співвідношення дозволяє зазначити, що законодавець, здійснюючи диференціацію кримінальної відповідальності, намагається досягнути власного уявлення про справедливість, яке точно не збігається з ідеальною справедливістю і може, у деяких випадках, не збігатися навіть з уявленням громадян держави про справедливість.

Вплинути на суб'єктивне сприйняття та його уявлення про справедливість досить складно. Проте окреслити певні орієнтири, які допомагатимуть у ході визначення того, що є гіршим/кращим, більш/менш суспільно небезпечним необхідно.

Так, у доктрині кримінального права виділяють підстави криміналізації. Вони є тими основами, що вказують законодавцю, чи доцільно криміналізувати нове діяння. У ході процесу криміналізації не лише оцінюється суспільна небезпечність діяння, яке може бути криміналізоване, а й вивчаються системні зв'язки з іншими галузями, нормами кримінального закону. Тобто будується уявна модель нової норми і визначається її взаємодія з іншими з метою, передусім, уникнення колізій, точного визначення ознак нового складу кримінально караного діяння.

Аналогічні передумови повинні існувати й для диференціації кримінальної відповідальності. Беззаперечним є той факт, що законодавці у різні історичні періоди, у різних державах диференціювали кримінальну відповідальність. Одностайним є й позиція вчених щодо потреби у диференціації кримінальної відповідальності. Проте законодавець повинен диференціювати кримінальну відповідальність за певними правилами. Його діяльність щодо диференціації кримінальної відповідальності не може бути свавільною. Мабуть, і сам законодавець хотів би бачити якісь чіткі орієнтири, які б слугували для нього правилами, підказками щодо необхідності диференціювати кримінальну відповідальність.

Існування певних засадничих положень, які б були дорожньою картою для здійснення диференціації кримінальної відповідальності, дало б змогу створити певний алгоритм діяльності законодавця в частині втілення у кримінальний закон положень, які диференціюють кримінальну відповідальність. Такий алгоритм базувався б на об'єктивних критеріях диференціації кримінальної відповідальності, тобто тих обов'язкових маркерах, які чітко вказують на необхідність проведення диференціації кримінальної відповідальності і яких законодавець мав би дотримуватися. Паралельно такі загальні, універсальні засади, сформульовані заздалегідь, не під конкретний випадок внесення змін до КК, були б запорукою для обмеження свавілля законодавця щодо реалізації ним обов'язку проведення диференціації кримінальної відповідальності.

Тож, одним із висновків у процесі вивчення феномену диференціації кримінальної відповідальності має бути вироблення **правил для** її проведення, які повинні бути максимально абстрактними, застосовними до різних складів кримінально караних діянь, існувати без прив'язки до конкретного кримінального закону, законодавчої техніки, яку використовує законодавець.

Такі вимоги необхідні перш за все для того, щоб сформулювати узагальнені правила, такі, які б можна було застосовувати незалежно від того, як законодавець конструює кримінальний закон, які прийоми законодавчої техніки застосовує. Звісно ж після окреслення пропонованих правил варто запропонувати власне бачення того, як найоптимальніше відобразити у кримінальному законі проведену диференціацію. Проте первинним є формулювання правил, а інші аспекти, в тому числі й ті, які стосуються законодавчої техніки, можна досліджувати пізніше.

Отже, варто констатувати, що ознакою диференціації кримінальної відповідальності як правового феномену є те, що остання проводиться законодавцем. Водночас законодавець повинен проводити диференціацію кримінальної відповідальності не хаотично, а спираючись на певні правила. Тому доктрина кримінального права має більш чітко окреслити такі правила для її проведення, щоб діяльність законодавця в цій частині була системною, послідовною, логічною та відповідала таким правилам.

Передумовою диференціації кримінальної відповідальності є криміналізація діяння — встановлення кримінальної відповідальності[786]. З

[786] Навроцький В. О. Диференціація кримінальної відповідальності: забаганка законодавця чи необхідність. Кримінальний кодекс України 2001 р. : проблеми застосування і перспективи удосконалення : Міжнародний симпозіум 11–12 вересня 2009 року. Львів : ЛьвДУВС, 2009. С. 101.

тезою про те, що диференціації піддається вже криміналізоване діяння, варто погодитись, адже не можна розділювати, диференціювати щось, чого не існує. Тож, передусім має бути проведена криміналізація діяння.

Однак законодавець може одночасно криміналізувати діяння і диференціювати кримінальну відповідальність за нього. Зазвичай саме так і відбувається, оскільки переважна більшість статей Особливої частини КК мають декілька частин, тобто передбачають кваліфіковані склади злочинів, які з'являються одночасно із основним складом злочину. В такому випадку процеси криміналізації і диференціації йдуть поряд. Хоча все ж криміналізація є на крок попереду, оскільки, для прикладу, спершу по тексту КК вказана загальна норма, а лише після неї кваліфікований склад.

Якщо ж відбувається диференціація кримінальної відповідальності шляхом використання положень Загальної частини КК, то вже існують в Особливій частині КК певні склади злочинів, до яких і буде застосовна загальна стаття, що зумовлює диференціацію кримінальної відповідальності. Тобто диференціація кримінальної відповідальності шляхом використання положень Загальної частини КК також буде проведена для вже криміналізованих діянь.

Проте варто пам'ятати, що криміналізація і диференціація можуть йти у парі, а можуть і бути розділеними в часі. Так, законодавець може вносити зміни у вже існуючу статтю Особливої частини КК, якою криміналізоване певне діяння шляхом її доповнення або зміни.

Така диференціація кримінальної відповідальності може полягати у появі нових кваліфікуючих ознак, у відмові від кваліфікуючих ознак, доповненні кодексу новою привілейованою нормою, у зміні покарання, у доповненні статті Особливої частини КК частиною, що передбачає спеціальне звільнення від кримінальної відповідальності, у появі нових спеціальних чи суміжних норм, норм, що конкурують між собою, або ж навпаки — у виключенні таких норм, у зміні змісту термінів, які роз'яснені безпосередньо у статтях або примітках до них.

Тож, щодо часу здійснення, то диференціація кримінальної відповідальності проводиться водночас із криміналізацією або ж після того, як кримінальна відповідальність за діяння вже передбачена. Проте у жодному випадку диференціація кримінальної відповідальності не може передувати криміналізації.

Диференціація кримінальної відповідальності — це здійснювана законодавцем з метою реалізації його уявлень про принцип справедливості варіативна оцінка кримінальних правопорушень, які є видами одного і того ж базового (загального) посягання, залежно від характеру та

типового ступеня суспільної небезпечності вчиненого, характеристик особи винного, результатом якої є закріплення у Загальній та Особливій частинах КК диференціюючих положень, що визначають різні форми потенційного обмежувального впливу на особу.

Диференціація кримінальної відповідальності є своєрідними терезами у руках законодавця. На одній стороні цих терезів міститься базове (загальне) посягання зі всіма його ознаками та суб'єктом, а з іншого — реакція держави на це, шляхом передбачення потенційного кола заходів, які зможе застосувати суд у разі визнання особи винною у вчиненні цього діяння.

Кожне явище, яке існує в об'єктивній реальності, чимось обумовлене. Так само й диференціація кримінальної відповідальності зумовлена об'єктивними чинниками. Адже людство завжди розуміло, що існує необхідність у розрізненні відповідальності за подібні діяння, які мають важливі відмінні ознаки. Із найдавніших пам'яток історії кримінального права видно, що людство усвідомлювало необхідність розрізнення кримінальної відповідальності залежно від певних критеріїв. Наприклад, завжди у законодавця не було сумніву у тому, що умисне вбивство кількох осіб більш небезпечне, аніж просте умисне вбивство і, як наслідок, це має відобразитися на реакції держави шляхом застосування до злочинця кримінально-правових заходів.

Приклад із умисним вбивством є наглядною демонстрацією того, що диференціація кримінальної відповідальності є об'єктивним явищем. Вона є необхідною, оскільки не може бути однакової реакції держави у формі кримінальної відповідальності за вчинення подібних злочинів, які все ж мають суттєві відмінні ознаки, як-от розмір спричиненої фізичної чи майнової шкоди, повторність, вчинення у співучасті тощо.

Тож диференціація кримінальної відповідальності не є забаганкою законодавця або ж учених. Вона є необхідним явищем, покликаним забезпечити справедливий баланс між вчиненим та реакцією з боку держави на це.

Звісно, що сам термін «диференціація кримінальної відповідальності» не використовувався у законодавчих актах, які є джерелами кримінального права. Та й у сучасних кримінальних кодексах він теж відсутній. Проте ні в кого не викликає сумніву необхідність виокремлення у науці кримінального права такого феномену.

Законодавець теж усвідомлює необхідність проведення диференціації кримінальної відповідальності. Однак із суб'єктивних причин він не завжди диференціює кримінальну відповідальність за певні діяння за наявності критеріїв для такого розрізнення відповідальності. Або ж

навпаки, трапляються випадки, коли законодавець надто «захоплюється» диференціацією кримінальної відповідальності за певні діяння, зводячи процес диференціації кримінальної відповідальності до абсолютно визначеної відповідальності за вчинене.

Проте потреба у диференціації кримінальної відповідальності є об'єктивно зумовленою, адже кожен розуміє і передбачає те, що певні ознаки у вчиненому діянні можуть або підвищувати, або знижувати суспільну небезпечність вчиненого. Якщо йдеться виключно про оцінку вчиненого суспільно небезпечного діяння, то вочевидь існують такі ознаки, які власне змінюють градус (величину) його суспільної небезпечності. Проте такими, що диференціюють кримінальну відповідальність можуть бути й ознаки, які загалом не впливають на суспільну небезпечність вчиненого. Йдеться про ознаки, які характеризують винного (вагітність, похилий вік тощо). Людство на всіх етапах свого розвитку враховувало такі характеристики. Хоча не завжди таке врахування зумовлювало однакову реакцію держави у частині диференціації кримінальної відповідальності.

Варто сформулювати максимально чіткі критерії, які б слугували орієнтиром для законодавця під час вирішення питання про доцільність диференціювання кримінальної відповідальності. Критерій для здійснення процесу диференціації кримінальної відповідальності є своєрідним індикатором, що вказує не необхідність, або навпаки на недоцільність її здійснення. Несистемність диференціювання кримінальної відповідальності призводить до диспропорційності у реалізації принципу справедливості. Окрім цього, за належними критеріями завжди можна зрозуміти, коли потрібно проводити диференціацію і в якому обсязі.

Вочевидь, що не варто забувати, що диференціація кримінальної відповідальності є складовою принципу справедливості, а досягнення максимального рівня справедливості неможливе без проведення належної диференціації. Фактично критерії диференціації слугують свого роду орієнтирами у необхідності закріплення варіативного обмежувального впливу на особу. Якщо цей показник ігнорує законодавець, то страждає справедливість кримінального закону та (або) невиправдано зростає роль суду у можливому забезпеченні принципу справедливості. Якщо судова дискреція є надто широкою, то досягнути однакового застосування закону судами по всій території держави складніше. Це неодмінно призведе до випадків, коли за подібні посягання наставатиме істотно різна відповідальність. Аргументи про індивідуалізацію кримінальної відповідальності судом у кожному окремому випадку навряд чи спроможні пояснити таку ситуацію. Тож, для

забезпечення принципу справедливості доцільним є визначення для суду «коридору» для прийняття рішення, який, з одного боку, був би достатньо чітким, а з іншого — залишав би можливість для врахування конкретних обставин справи і здійснення індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Термін «критерій» здавна використовували мислителі та філософи. Так, Секст Емпірик зазначав, що критерій — це те, користуючись чим ми одне вчиняємо, а інше ні[787]. Філософ обґрунтовував, що критерій є мірилом сприйняття. Тобто фактично критерій розумівся вченим як вказівник для вчинення або невчинення певних дій.

У словниках та енциклопедіях під критерієм (від грецького *criterion* — засіб для судження) зазвичай розуміють підставу для визначення або класифікації чогось, ознаку, на основі якої відбувається оцінка, мірило[788].

У філософських дослідженнях активно використовують термін критерій істини. У межах класичної теорії істини, критерії часто ототожнюються з останньою. Як пише А. М. Гагінський, презюмується, що критерій істини — це певна мірка, якою можна перевірити стан реальності[789]. Проте, на думку цього вченого, такий стан речей означає, що допускається існування чогось більш істинного, ніж сама істина. Тому доцільно зазначити не про критерій істини, а критерій міркування, яке претендує на істинність[790].

Якщо застосувати сказане до критеріїв диференціації кримінальної відповідальності, можна зробити висновок, що критерій повинен виступати мірилом відображення об'єктивної реальності у частині співвідношення між вчиненим діянням та реакцією на нього з боку держави[791]. Потрібно встановити, на підставі чого може констатуватися необхідність диференціювати кримінальну відповідальність за вчинене, тобто визначити, які ж ознаки модельного кримінально караного діяння ма-

[787] Секст Эмпирик. Сочинения в двух томах. Т. 1. М. : Мысль, 1976. С. 66.

788

[788] Словник української мови : в 11 томах. Київ : Наукова думка, 1970. URL: http://sum.in.ua/s/kryterij ; Большая Советская Энциклопедия. URL: http://bse.sci-lib.com/article066422.html

[789] Гагинский А. М. Критерий, знание, истина. Эпистемология и философия науки. 2012. № 3 (37). С. 131.

[790] Там само. С. 132.

[791] Антонюк Н. О. Виділення критеріїв диференціації кримінальної відповідальності. Науковий вісник Ужгородського національного університету : серія : Право. Ужгород : Видавничий дім «Гельветика». 2019. Т. 2, Вип. 59. С. 79.

ють враховуватися як такі, що змінюють реакцію держави на вчинений злочин.

Спробуємо більш детально з'ясувати, які ж критерії все-таки є об'єктивними підставами для проведення диференціації кримінальної відповідальності. Фактично необхідно визначити таку сукупність юридичних показників, які можуть слугувати критеріями необхідності здійснити диференціацію кримінальної відповідальності.

Виділення та обґрунтування критеріїв повинно відбуватися, керуючись загальними, усталеними вимогами. До таких вимог у науковій літературі відносять те, що критерії повинні відображати основні закономірності функціонування об'єкта; мають містити суттєві ознаки предмета, тобто відображати необхідні ознаки та якості; через свою сутність ці якості та ознаки мають бути стійкими і постійними; за допомогою критеріїв повинні встановлюватися зв'язки між усіма компонентами явища, що аналізується[792].

Такими критеріями є ті чинники, залежно від яких проводиться диференціація кримінальної відповідальності. Йдеться про характер та типовий ступінь суспільної небезпечності вчиненого, характеристики особи винного. Саме вони є підставами для здійснення диференціації кримінальної відповідальності, а, отже, містять суттєві ознаки предмета. Фактично підстави для диференціації кримінальної відповідальності відображають основні закономірності функціонування цього явища загалом, адже вони є базовими для подальшого її розвитку та втілення її у тексті кримінального закону.

Фактично критерії диференціації пов'язали між собою її ознаки та види. Адже критерії диференціації кримінальної відповідальності якраз і є підставами, основою для такої диференціації. Вони є фундаментом для здійснення останньої. Вони визначають необхідність її проведення, демонструють, що саме підхід до розрізнення кримінальної відповідальності у випадках, коли існують вказані критерії, забезпечить максимальне досягнення справедливості.

У юридичній літературі поряд із терміном «критерій» виділяють інший не менш важливий термін «юридичний показник». Тож, важливо

[792] Жихорська О. Критерії, показники та рівні сформованості професійної компетентності навчально-допоміжного персоналу вищого навчального закладу. *Science and Education a New Dimension. Pedagogy and Psychology*. 2015. III(34). Issue: 69. С. 34. URL: https://seanewdim.com/wp-content/uploads/2021/03/Criteria-indicators-and-levels-of-formed-of-professional-competence-of-support-staff-of-higher-education-institutions-O.-Zhykhorska.pdf

792

встановити їх зміст та співвідношення між критеріями та юридичними показниками.

Етимологічно, «показник» — це свідчення, доказ, ознака, дані[793]. Слушною з цього приводу є думка О. М. Куракіна про те, що критерій є мірилом оцінювання, судження чи ознаки, на підставі якого визначається або класифікується що-небудь, а показник — це співвідношення одного значення з іншим або різниця однойменних категорій[794]. З такого підходу слідує, що термін «критерій» є певним індикатором для здійснення диференціації кримінальної відповідальності, а показник є абсолютною або відносною величиною критерію, ступенем якості його стану.

Юридичні показники вказують на зміну критерію та є своєрідними індикаторами, чинниками, вказівниками для проведення диференціації кримінальної відповідальності. Не варто вважати показник і критерій взаємозамінними поняттями. Для порівняння, медичний критерій неосудності може мати різні медичні показники психічного стану особи. Однак це різні за правовою природою явища. Сам собою окремо взятий медичний показник ще не має кримінально-правового значення, однак з урахуванням впливу на стан особи може набувати змістовно іншої якості — стати медичним критерієм неосудності.

Аналогічно й юридичний показник диференціації кримінальної відповідальності, наприклад, малолітній вік потерпілого сам собою не має універсального впливу на юридичні наслідки у вигляді кримінальної відповідальності за кримінальне правопорушення, вчинене щодо такого потерпілого. Однак якщо оцінити його вплив на критерій у базовому посяганні, наприклад, умисному вбивстві, то стає очевидним, що суспільна небезпечність умисного вбивства малолітнього потерпілого суттєво відрізняється від суспільної небезпечності простого умисного вбивства. Таке твердження спонукає законодавця посилити реакцію з боку держави у разі вчинення цього посягання на життя малолітнього потерпілого.

Отже, критерій диференціації кримінальної відповідальності за допомогою юридичних показників вказує на необхідність здійснення диференціації кримінальної відповідальності, тобто варіативної регламентації впливу на особу, що вчинила кримінальне правопорушення.

---

[793] Словник української мови : в 11 томах. Київ : Наукова думка, 1970. URL: http://sum.in.ua/s/kryterij

[794] Куракін О. М. Аналіз співвідношення категорії «ефективність правового регулювання» й суміжних понять. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2016. № 2. С. 9.

Далі зупинимося на тому чи притаманні критеріям або ж юридичним показникам такі ознаки, як стійкість та постійність. Що має бути стійким — юридичні показники чи все-таки критерії? Видається, що варто констатувати постійність (стійкість) критеріїв. Хоча вони безпосередньо й залежать від юридичних показників, проте саме вони є базою для здійснення диференціації кримінальної відповідальності. Виділення юридичних показників, які впливають на критерій для диференціації характеризується відносною постійністю. Адже, якщо законодавець виділить певну ознаку у тексті кримінального закону, як таку, що впливає на характер або ж ступінь суспільної небезпечності, або ж врахує її як певну характеристику особи, що впливає на диференціацію кримінальної відповідальності, то ця ознака (юридичний показник) стає обов'язковою для врахування. Проте варто пам'ятати, що з таким самим успіхом законодавець може відмовитися від певної ознаки і виключити її з КК. Проте щоразу мотивацією для такого кроку (доповнення чи зміни КК в частині появи або виключення обтяжуючих/пом'якшуючих ознак) буде оцінка суспільної небезпечності. Для прикладу, на момент прийняття чинного КК законодавець не вважав, що така ознака, як вчинення державної зради або диверсії в умовах воєнного стану впливає на суспільну небезпечність вчиненого злочину. Однак початок війни РФ проти України, врахування комплексу кримінологічних оцінок цієї ознаки стали основою для зміни як суспільної оцінки, так і законодавчої оцінки цього показника — часу вчинення злочину у разі вчинення вищевказаних злочинів[795]. Критерій для диференціації кримінальної відповідальності залишився старий (постійний, стабільний) — врахування типового ступеня суспільної небезпечності. А юридичний показник, який вплинув на існуючий критерій новий — нова диференціююча ознака.

Чітко ілюструє співвідношення між критерієм і показником медицина. Так, для прикладу, критерієм для встановлення діагнозу наявності грипу є температура, втрата нюху, аналіз крові тощо. Саме вони «вимірюються» певними показниками: підвищена температура тіла, нежить, зміни у складі крові тощо.

Так само й при диференціації кримінальної відповідальності, критеріями є характер та типовий ступінь суспільної небезпечності вчиненого, характеристики винного, які визначаються за показниками. Такими

795

[795] Antoniuk N. 'Criminal and legal assessment of collaborationism: a change of views in connection with Russia's military aggression against Ukraine' 2022 No 3 (No 15) Access to Justice in Eastern P. 3. URL: https://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1655357504.pdf

показниками може бути вік потерпілого, вік винного, спосіб вчинення злочину тощо. Наприклад, за показником віку потерпілого ступінь суспільної небезпечності умисного вбивства, або ж низки статевих злочинів вочевидь зростає. Однак за цим же показником ступінь суспільної небезпечності порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами, навряд чи зміниться. Проте у цьому діянні показником буде вже наслідок у вигляді певного ступеня тяжкості тілесних ушкоджень або ж смерті потерпілого.

Серед загальних вимог до виокремлення критеріїв ще називають те, що критерії повинні розкриватися через низку показників, залежно від прояву яких можна робити висновки про більший чи менший ступінь вираження цього критерію; критерії мусять відбивати динаміку вимірюваної якості[796]. Із таким підходом варто погодитись, оскільки без розуміння впливу показників на критерій неможливо осягнути цілісного механізму їх взаємодії, впливу один на одного.

Кримінальне право та кримінальний процес допомагають виділяти різні етапи розвитку кримінального правовідношення. У процесі дослідження диференціації кримінальної відповідальності поділ такого правовідношення на етапи зумовлюється аналізом до того, на якому з етапів роль диференціації є більшою або ж меншою.

Якщо керуватися теоретичним розумінням диференціації кримінальної відповідальності, то можна констатувати, що це результат процесу диференціювання, який законодавець відображає у кримінальному законі. У тих випадках, коли законодавець залишає можливість вибору для правозастосувача — він не конкретизує максимально діяльність суду, а передає вирішення конкретного питання на розсуд правозастосувача, тобто в сферу індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Проте варто зрозуміти як один і той же процес відбувається у ході переходу від абстрактного до конкретного діяння, тобто від потенційної кримінальної відповідальності до її реалізації.

У разі аналізу диференціації кримінальної відповідальності під час вчинення конкретного кримінально караного діяння потрібно виокремити такі етапи, на яких відбувається накладання створеної законодавцем моделі як складу злочину, так і кримінально-правових заходів, які можуть бути застосовані, на вчинене діяння:

– етап кримінально-правової кваліфікації;

[796] Жихорська О. Критерії, показники та рівні сформованості професійної компетентності навчально-допоміжного персоналу вищого навчального закладу. Там само.

– етап застосування інституту звільнення від кримінальної відповідальності;

– етап призначення покарання.

Перший етап вочевидь є обов'язковим. Без кримінально-правової кваліфікації вчиненого про жоден із наступних етапів не може йтися. Другий етап може мати місце лише у разі вчинення кримінально караного діяння відповідної категорії й існування інших умов для застосування інституту звільнення від кримінальної відповідальності. Останній, третій етап, матиме місце у разі прийняття судом рішення про застосування такої форми кримінальної відповідальності, як покарання.

На кожному із цих етапів відіграють різну роль такі критерії диференціації кримінальної відповідальності, як характер та типовий ступінь суспільної небезпечності вчиненого, характеристики винного. Саме на визначенні того, який з критеріїв домінує на певному з виділених вище етапів, й необхідно зупинитися.

Найбільша кількість юридичних показників змінюють характер або типовий ступінь суспільної небезпечності вчиненого діяння і безпосередньо впливають на визначення формули кваліфікації. Такі показники фактично диференціюють кримінальну відповідальність до моменту кваліфікації вчиненого.

Законодавець сам враховує ці юридичні показники, і зазвичай, конструює кваліфіковані, привілейовані, суміжні склади кримінальних правопорушень, враховує стадію реалізації злочинного умислу тощо. Завданням суду на цьому етапі є встановлення, чи підтверджується належними, достатніми та допустимими доказами існування певної ознаки складу кримінального правопорушення. Далі ж суд кваліфікує вчинене. Дискреції у питанні кримінально-правової кваліфікації у суду немає. Він повинен точно застосувати кримінальний закон. Отже, диференційована законодавцем кримінальна відповідальність за допомогою критерію врахування суспільної небезпечності об'єктивується у формулу кваліфікації вчиненого.

На етапі визначення можливого звільнення від кримінальної відповідальності необхідно з'ясувати, чи існують підстави та умови для відмови від впливу на особу засобами кримінального права.

Одразу варто зауважити, що обставини, які виключають злочинність діяння, не мають жодного відношення до цього етапу. Вони принципово відрізняються від інституту звільнення від кримінальної відповідальності. Адже йдеться про те, що особа взагалі не вчинила кримінально караного діяння.

Натомість для інституту звільнення від кримінальної відповідальності характерним є обвинувачення особи у вчиненні певного кримінально караного діяння. Інститут звільнення від кримінальної відповідальності не можна віднести до таких, що абсолютно визначений законодавцем. Адже у низці підстав для звільнення законодавець вказав необхідні умови для звільнення, проте деякі з них залишив у межах судової дискреції.

Коли законодавець на рівні кримінального закону прописує альтернативу або межі, залишаючи суду можливість обрати один із можливих варіантів для застосування — наявний плавний перехід диференціації в індивідуалізацію. Адже законодавець, хоч і визначає диференціюючі рамки, які може застосувати правозастосувач, однак залишає повноваження останньому з метою прийняття самостійного рішення. Фактично законодавець передає естафету щодо визначення кримінально-правових заходів впливу суду.

Тому важливо наголосити, що диференціація кримінальної відповідальності має місце не лише у тих випадках, коли законодавець імперативно визначив підстави для звільнення від кримінальної відповідальності або ж покарання, а й тоді, коли такі підстави можуть бути застосовані на розсуд суду.

На цьому етапі ключову роль відіграють ті ж критерії диференціації кримінальної відповідальності — характер та типовий ступінь суспільної небезпечності. Адже у кожній із підстав для звільнення від кримінальної відповідальності законодавець визначає категорію кримінально караного діяння, до якого він застосовний.

Одні із визначених законодавцем умов для звільнення від кримінальної відповідальності є «статичними», оскільки враховують лише вид вчиненого кримінального правопорушення (проступок, нетяжкий злочин), вчинення діяння вперше, неналежність його до корупційних правопорушень тощо. Інші ж «динамічними», оскільки залежать від поведінки винного, інших змінних факторів, які суд повинен оцінювати у кожній конкретній ситуації.

Ті умови, які чітко встановлені законодавцем і належать до «статичних», вказують на диференціацію кримінальної відповідальності. Ті ж, констатація яких потребує активної участі суду, є поєднанням диференціації із індивідуалізацією кримінальної відповідальності.

Проте, окрім такого критерію диференціації кримінальної відповідальності як суспільна небезпечність, суд може застосовувати й інший критерій — врахування характеристики особи винного. Так, для констатації втрати особою суспільної небезпечності суди керуються саме

такими характеристиками. Адже «оцінка особи» є однією з умов звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 48 КК.

Остання група показників стосується визначеної законодавцем диференціації кримінальної відповідальності після кваліфікації вчиненого, а також стосується покарання та судимості. Йдеться про визначений законодавцем «коридор» для суду в частині видів та розмірів покарання, можливості звільнення від покарання, заміни покарання більш м'яким, інституту умовно-дострокового звільнення, судимості.

До моменту кримінально-правової кваліфікації судової дискреції не було, оскільки законодавець чітко диференціював кримінальну відповідальність. І це абсолютно відповідає конституційному положенню про те, що злочинність діяння визначається лише кримінальним законом. Однак після кримінально-правової кваліфікації диференціації кримінальної відповідальності застосовується паралельно з індивідуалізацією кримінальної відповідальності. Адже суд має визначений законодавцем коридор щодо впливу на особу кримінально-правовими засобами. Диференціацію і індивідуалізацію кримінальної відповідальності на цьому етапі застосовують послідовно.

На підставі врахування суспільної небезпечності вчиненого законодавець реалізує диференціацію кримінальної відповідальності у вигляді визначення меж (виду та розміру) покарань у санкції статті Особливої частини кримінального закону. Суд індивідуалізує кримінальну відповідальність, обираючи конкретний вид та розмір покарання. Після цього знову на перший план виходить визначений законодавцем алгоритм дій для суду щодо можливості реалізації призначеного покарання. На основі визначених законодавцем диференційованих підходів суд може звільнити особу від відбування призначеного покарання, замінити його, умовно-достроково звільнити особу від його відбування, зняти або погасити судимість. Саме у межах, визначених законодавцем, суд індивідуалізує кримінальну відповідальність у конкретній ситуації, керуючись суспільною небезпечністю вчиненого та конкретних характеристик засудженого.

Фактично диференціація кримінальної відповідальності пронизує кримінально-правові відносини з моменту їх виникнення і аж до припинення. Якщо йдеться про модельний рівень, тобто рівень правотворчості без прив'язки до правозастосування, то у всіх випадках, коли правозастосувач повинен застосувати певну статтю кримінального закону, обов'язково змінити певну ознаку, — йдеться виключно про площину диференціації кримінальної відповідальності. Фактично алгоритм дій суду визначений імперативно законодавцем наперед і основне завдання суду — правильно застосувати кримінальний закон.

Якщо ж законодавець диференціює кримінальну відповідальність шляхом визначення меж, в яких правозастосувач вже має індивідуалізувати кримінальну відповідальність, — диференціація та індивідуалізація реалізовуються в парі.

Законодавець диференціює кримінальну відповідальність, враховуючи критерії суспільної небезпечності вчиненого діяння, характеристики особи винного. Правозастосувач реалізовує диференційовані положення вже з етапу кримінально-правової кваліфікації вчиненого і до погашення чи зняття судимості. На практиці диференціація, здійснена законодавцем, тісно переплітається із необхідністю індивідуалізувати останню.

Однак реальне усвідомлення роботи законодавця в частині диференціювання кримінальної відповідальності неможливе без аналізу й окреслення тих юридичних показників, які безпосередньо впливають на критерії диференціації кримінальної відповідальності. Саме ці показники є рушійною силою для процесу диференціації.

Встановлення кола показників, які впливають на суспільну небезпечність вчиненого або ж характеризують особу, є чіткою ілюстрацією сходження від абстрактного до конкретного. Адже йдеться про визначення тих індикаторів, які мали б враховуватися для подальшої диференціації кримінальної відповідальності.

В ідеалі набір таких показників — індикаторів мав би бути вичерпним і незмінним. Об'єктивуються такі показники у вигляді відповідних положень КК (кваліфікуючих ознак, обставин, що пом'якшують покарання тощо). Проте варто пам'ятати, що законодавець, здійснюючи диференціацію кримінальної відповідальності, проводить свою варіативну оцінку суспільної небезпечності базового посягання та характеристик особи винного. Тобто закріплення певних положень у КК є результатом вольової діяльності законодавця. А така діяльність не завжди збігатиметься з урахуванням ідеального набору показників для диференціації кримінальної відповідальності. Тай навіть будь-яка особа, яка намагається визначити коло таких юридичних показників, буде керуватися своїм уявленням про досягнення справедливості, правильну диференціацію кримінальної відповідальності, зміну ступеня суспільної небезпечності тощо.

Тож, не дивно, що й у вітчизняному кримінальному кодексі, й у кримінальних законах іноземних держав законодавець не вказує вичерпного переліку диференціюючих ознак, не наводить коефіцієнтів, які імперативно змінюють санкцію для співучасників, у разі множинності злочинів тощо.

Щоб уникнути суб'єктивізму і сформувати найбільш об'єктивний перелік чинників, які мав би враховувати законодавець в ході диференціації кримінальної відповідальності, варто провести соціологічне дослідження та, на основі цих даних, запропонувати такий перелік. Проте незалежно від використаних методів дослідження, перелік буде рекомендаційним і не може претендувати на роль імперативного.

Якщо оцінити показники, які використовує сучасний вітчизняний законодавець, то варто їх систематизувати залежно від впливу на конкретний критерій диференціації кримінальної відповідальності. Так, показниками характеру суспільної небезпечності вчиненого є: об'єкт кримінально-правової охорони; спеціальний потерпілий, форма вини. Показниками типового ступеня суспільної небезпечності вчиненого є стадія вчинення кримінального правопорушення, співучасть, повторність та рецидив, перевищення меж необхідної або уявної оборони, виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, розмір спричиненої шкоди, наслідок у вигляді шкоди для життя або здоров'я, вік та стан потерпілого, спосіб, місце, час, обстановка, знаряддя або засоби вчинення кримінального правопорушення.

Показниками, які належать до характеристик особи винного, є: неповнолітній вік винного, інвалідність, непрацездатність, несення військової служби, вагітність, наявність дітей, віком до трьох років, до семи років, перебування жінкою у відпустці по догляду за дитиною, пенсійний вік.

Підсумовуючи викладене, варто констатувати, що низка юридичних показників впливає на суспільну небезпечність у всіх випадках, а інші — у деяких кримінальних правопорушеннях. До тих, що безумовно змінюють такий критерій диференціації кримінальної відповідальності як суспільну небезпечність належать:

форма вини;

співучасть;

стадія вчинення кримінального правопорушення;

множинність.

Як диференціююча ознака вказана множинність, а не, наприклад, повторність, оскільки повторність і рецидив варто розглядати разом, враховуючи той факт, що рецидив є різновидом повторності. Сукупність кримінальних правопорушень впливає на диференціації кримінальної відповідальності по-іншому, оскільки фактично проявляється лише в особливих порядках складання покарань.

Видається, що форму вини варто вказувати безпосередньо у диспозиції статті Особливої частини КК. А от інші показники: співучасть, стадію вчинення кримінального правопорушення та множинність як такі, що диференціюють кримінальну відповідальність, потрібно передбачити у Загальній частині КК. Такий підхід дав би змогу забезпечити єдність оцінки впливу певної ознаки на всі без винятку кримінальні правопорушення, яких вона стосується. Співучасть та стадія вчинення діяння можливі лише в умисних кримінальних правопорушеннях. Тож, і наскрізна диференціація була б забезпечена для цієї групи кримінально караних діянь.

Інші ж диференціюючі ознаки диференціюють відповідальність за окремі кримінальні правопорушення. Причому такий перелік усіх можливих диференціюючих ознак з урахуванням усіх складів кримінальних правопорушень, які містяться в Особливій частині КК, навряд чи доцільно наводити. Адже він буде просто великим списком всіх можливих юридичних показників, однак інформативного і прикладного значення не матиме. Важливішим є виділення тих диференціюючих ознак, які не в поодиноких випадках диференціюють кримінальну відповідальність, а які мають такий вплив на групу складів кримінальних правопорушень. Ці ознаки є типовими показниками, оскільки зазвичай змінюють суспільну небезпечність вчиненого діяння. Одні з них впливають на характер, інші на типовий ступінь суспільної небезпечності. Деякі з показників можуть в одних випадках змінювати характер, а в інших — типовий ступінь суспільної небезпечності (наприклад, ознака спеціального потерпілого).

До типових показників, які змінюють характер суспільної небезпечності потрібно віднести:

– об'єкт кримінального правопорушення;

– спеціального потерпілого (у разі одночасної зміни об'єкта посягання);

– форму вини (умисел і необережність);

– мету (у разі одночасної зміни об'єкта посягання);

– суб'єкта кримінального правопорушення (у разі одночасної зміни об'єкта посягання).

До типових показників, які змінюють ступінь суспільної небезпечності потрібно віднести:

– спеціального потерпілого (якщо об'єкт посягання не змінюється);

– стадію вчинення кримінального правопорушення;

– співучасть;

– множинність;

– розмір спричиненої матеріальної та фізичної шкоди;

– спосіб, місце, час, обстановку, знаряддя та засоби вчинення кримінального правопорушення;

– мотив, мету, емоційний стан;

– суб'єкта кримінального правопорушення;

– перевищення меж необхідної оборони, уявної оборони, виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Окрім основних критеріїв для диференціації кримінальної відповідальності (характеру та типового ступеня суспільної небезпечності вчиненого, характеристики особи винного), можна виділити додаткові критерії. Вони можуть бути допоміжними маркерами для оцінювання того, чи належно проведена законодавцем диференціації кримінальної відповідальності. Однак одразу ж зауважу, що вони не замінюють основних критеріїв, які є базовими. Допоміжні критерії можуть враховуватися лише в комплексі з основними, проте самостійного значення вони не мають.

Такими додатковими критеріями є оцінка таких аспектів: 1) суддівська дискреція надто широка/або надто вузька; 2) надто багато спеціальних складів кримінальних правопорушень. Варто відзначити позитивні і негативні додаткові критерії. Позитивні вказують на доцільність диференціювати кримінальну відповідальність, а негативні — навпаки, є маркерами того, що диференціації кримінальної відповідальності проводити недоцільно.

Часто критерії можуть перегукуватися із цілями того явища, до якого вони відносяться. Так, у наукових джерелах звертають увагу на те, що критерії навіть частково заміщують цілі, однак цілі просто називають, а критерії повинні бути виражені у тих чи інших шкалах виміру[797].

Так, додатковий критерій, що пов'язаний із суддівською дискрецією, спрямований на забезпечення справедливого застосування кримінального закону. Якщо межі для суддівського угляду надто широкі, то наявна можливість реалізації кримінальної відповідальності у цих широких межах і практика правозастосування може кардинально різнитися. Різна практика у схожих ситуаціях не є позитивною рисою правозастосування. Межі суддівського угляду залежать від співвідношення між мінімальною і максимальною величинами одного і того ж виду покарання.

[797] Подольская Е. А. Методология научных исследований : терминол. слов / Нар. укр. акад., [каф. философии и гуманитар. дисциплин]. Харьков : Изд-во НУА, 2016. С. 50–51.

Водночас може скластися ситуація недостатньої судової дискреції, тобто недостатніх можливостей у суду для індивідуалізації кримінальної відповідальності. Так, якщо законодавцем надто вузько встановлено межі відповідальності особи і надто детально розписано влив кожної кваліфікуючої ознаки на покарання, то роль суду зводиться лише до встановлення вини і призначення вже «готового наперед» покарання. Для прикладу, за державну зраду та диверсію, вчинені в умовах воєнного стану, передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк п'ятнадцять років або довічного позбавлення волі. Хоча санкція й альтернативна, проте, вона абсолютно визначена в частині покарання у вигляді позбавлення волі.

У результаті застосування положень ст. 68 КК також виникає проблема із появою абсолютно визначених покарань. Для прикладу, за особливо кваліфікований склад зґвалтування (ч. 5 ст. 152 КК) передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років. Тож, у разі замаху на цей злочин, з урахуванням положень Загальної частини кримінального закону, санкція становитиме рівно 10 років позбавлення волі.

Тож, недостатня судова дискреція є додатковим негативним критерієм, який може вказувати на недоцільність проведення диференціації кримінальної відповідальності, а надмірна судова дискреція є додатковим позитивним критерієм, який вказує на доцільність її проведення[798].

Ще одним додатковим критерієм, який може вказувати на надмірну диференціації кримінальної відповідальності, є надто велика кількість спеціальних норм. Часто існування масиву спеціальних норм веде до «надлишкової» конкуренції. Та й кримінальний закон починає нагадувати історичні пам'ятки кримінального права, де йшлося про крадіжку коня чи собаки в окремих статтях. У разі існування величезної кількості спеціальних норм законодавцю доцільно задуматися над уніфікацією законодавства.

Диференціація кримінальної відповідальності здійснюється в певних межах. Однією з меж диференціації кримінальної відповідальності є ознаки простого складу кримінального правопорушення, визначені статтею Особливої частини КК. Адже набір ознак простого складу кримінального правопорушення є тим мінімальним набором ознак, від яких відштовхується градація кримінальної відповідальності або в сторону

[798] Антонюк Н. О. Виділення критеріїв диференціації кримінальної відповідальності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету : серія: Право.* 2019. Т. 2, Вип. 59. С. 81–82.

посилення, або в сторону пом'якшення. Саме від такого базового складу кримінального правопорушення відбувається диференціація кримінальної відповідальності чи то за характером, чи за ступенем суспільної небезпечності.

Однак диференціація кримінальної відповідальності за характеристиками особи винного має власну відправну точку. Такою базовою відправною точкою у цьому випадку є середньостатистична (звичайна, пересічна) особа. Тобто це особа, яка не має тих специфічних ознак, що є показниками диференціації кримінальної відповідальності у частині врахування характеристик особи (вагітність, інвалідність, пенсійний вік тощо).

Водночас диференціація кримінальної відповідальності має й кінцеву межу. Такою межею є «верхня планка» поділу, за якою такий поділ втрачає сенс. Йдеться про досягнення диференційованим діянням найвищого ступеня суспільної небезпечності. Рівнів диференціації кримінальної відповідальності може бути багато. Адже це залежить передусім від базового складу злочину, кримінальна відповідальність за який диференціюється. Для прикладу, якщо йдеться про наслідок у вигляді необережного спричинення смерті, то такою «верхньою планкою» для диференціації кримінальної відповідальності є кількість загиблих. Якщо їх більше, ніж один, то за кількістю жертв диференціювати вже немає сенсу. Адже вже сама множина жертв (двоє чи більше) максимально підвищила можливість градації кримінальної відповідальності.

Коли йдеться про умисне спричинення смерті, то така «верхня межа» диференціації кримінальної відповідальності визначається обтяжуючими ознаками. За вчинення такого злочину досягнуто максимального покарання, що може бути призначено особі, — довічного позбавлення волі. Тож, суд, керуючись вже конкретними обставинами справи, має можливість обрати найсуворіше покарання.

Отже, верхня межа диференціації кримінальної відповідальності обумовлюється двома факторами: досягнення максимального рівня ушкодження об'єкта кримінально-правової охорони та досягнення максимального покарання, яке є доцільним і достатнім як реакція держави за таке посягання на об'єкт.

Зосередимось на окресленні векторів розвитку диференціації кримінальної відповідальності як явища загалом. Якщо задатися питанням, чи є досконалим чинний кримінальний закон крізь призму диференціації кримінальної відповідальності, то варто констатувати, що загалом механізм побудови КК України, внутрішня взаємодія між кримінально-правовими нормами, міжгалузева взаємодія норм кримінального

закону із нормами інших галузей права у цілому працюють. Правоохоронні органи та суди можуть застосовувати диференціюючі положення кримінального закону, можуть здебільшого досягати забезпечення принципу справедливості через застосування тих диференціюючих механізмів, які імплементував законодавець у КК України.

Проте цілком закономірно, що такий механізм диференціації кримінальної відповідальності не є абсолютно досконалим. Він потребує щонайменше точкових правок, аби усунути виявлені недоліки, що наявні в ході застосування норм, які диференціюють кримінальну відповідальність.

Однак важливішим є окреслення тих глобальних, об'ємних шляхів, яких варто дотримуватися законодавцю з метою покращення проведеної диференціації кримінальної відповідальності. Такі об'ємні зміни, шляхи щодо вдосконалення вочевидь не можуть бути раптово впроваджені законодавцем. Вони потребують обговорення, осмислення, вдосконалення. Проте у разі масштабної реформи кримінального закону ті варіанти змін і пропозицій, які будуть найбільш обґрунтованими, підтриманими вченими, практиками, могли б бути втілені у новому кримінальному законі.

Диференціація кримінальної відповідальності є магістральним шляхом розвитку кримінального законодавства. В Україні законодавець вдався до надмірної диференціації кримінальної відповідальності, часто диференціюючи відповідальність без належних для того підстав. Адже вочевидь не доцільно диференціювати кримінальну відповідальність з урахуванням кожної ознаки, навіть тієї, яка несуттєво впливає на зміну ступеня суспільної небезпечності вчиненого.

Диференціація кримінальної відповідальності повинна проводитися лише за тими ознаками, які суттєво змінюють таку суспільну небезпечність. Інші ознаки можуть бути враховані судом у межах індивідуалізації кримінальної відповідальності. Такий підхід допоможе забезпечити баланс між диференціацією кримінальної відповідальності, з одного боку, та її індивідуалізацією — з іншого.

Диференціація кримінальної відповідальності обов'язково повинна проводитися щодо найбільш поширених на практиці кримінальних правопорушень. Водночас законодавцю необхідно забезпечити виважену диференціацію за ті кримінально карані діяння, які на практиці не є поширеними. Абсолютно відмовлятися від диференціації кримінальної відповідальності за їх вчинення навряд чи доцільно. Адже щодо кожного із кримінально караних діянь, які передбачені у кримінальному

законі є такі характерні ознаки, які різко змінюють суспільну небезпечність вчиненого базового діяння з урахуванням такої ознаки.

Також диференціації кримінальної відповідальності повинна бути своєчасною. Йдеться про те, що перед внесенням будь-яких змін до кримінального закону, вони повинні обговорюватися. Адже лише відкрите широке обговорення допоможе визначити недоліки пропонованого проєкту. Також необхідним є отримання позицій від правоохоронних органів і судів, оскільки часто саме ці інституції бачать на практиці ті проблеми, яких не помітив науковець.

Внесення змін до кримінального закону у період, коли ті положення, які пропонується змінити «на піку застосування», має бути дуже обережним. Навіть варто говорити про те, що краще утриматися від внесення таких змін, якщо вони не є нагальними. Лише у тих випадках, коли такі зміни є критичними, якщо без них кримінальний закон не реагує або ж неадекватно реагує на ті загрози, які посягають на охоронювані ним цінності, диференціація кримінальної відповідальності буде виправданою. Проте, якщо такої критичної необхідності немає, то такі зміни можуть лише розбалансувати існуючу модель розуміння правниками (як ученими, так і правозастосувачами) того кола норм і співвідношення між ними, які вже в цей момент мають бути реалізовані на практиці і щодо яких існували певні усталені як законодавчі, так і правозастосовні підходи.

Законодавець безсумнівно усвідомлює необхідність диференціації кримінальної відповідальності. Рівень правової культури та розвиток доктрини кримінального права свідчать про те, що навряд чи у майбутньому виникне питання про те, що феномен диференціації кримінальної відповідальності є зайвим. Навпаки, законодавець, опираючись на доктринальні напрацювання, повинен продовжувати забезпечувати справедливий баланс між суспільною небезпечністю вчиненого діяння, характеристиками особи винного та потенційною кримінальною репресією.

У чинному КК України, так і у проєкті КК 2019 року проведена ґрунтовна диференціація кримінальної відповідальності. Звісно ж у обох цих документах є чимало відмінних речей (кількість видів множинності, відмова від групи осіб без попередньої змови як форми співучасті тощо). Проте є й різко відмінні підходи, як-от відмова від санкцій у Особливій частині та прив'язка до категоризації кримінально караних діянь. Чи може у такому разі зміна законодавчої техніки щодо конструювання кримінального закону загалом, так само як і щодо способів диференціації кримінальної відповідальності, бути поступовою. Мабуть, ні, адже навіть відмінності у структурній побудові проєкту КК 2019 року

не дають змоги забезпечити поступовий перехід. Проте різка відмова від існуючих моделей побудови складів кримінальних правопорушень, урахування ознак, що пом'якшують або обтяжують кримінальну відповідальність за вчинене діяння, санкцій статей Особливої частини КК України може мати негативні наслідки, які проявлять себе лише після початку застосування проєкту закону на практиці. Передбачити зі стовідсотковою чи хоча б 80-відсотковою вірогідністю питання, які виникнуть у процесі правозастосування у ході теоретичного опрацювання, неможливо.

Передусім як би автори будь-якого закону та законодавець не намагалися врахувати всі можливі нюанси, що виникають чи можуть виникнути на практиці, все одно залишається певний пласт питань, які вони упускають з-поза своєї уваги і який потім стає проблемним у правозастосуванні.

Чим більше різких змін пропонується ухвалити одномоментно, тим більше буде дискусійних питань, колізій, проблем у практичному застосуванні новоухваленого закону. Кількість дискусійних питань визначатиметься пропорційно до кількості і суттєвості внесених змін.

Тому вносити зміни потрібно покроково. Адже не можна виключати ситуації, що можливо певна наукова концепція чи ідея, яка втілена у кримінальному законі, не призведе до покращення правозастосування і необхідно буде від неї відмовитися. Тому апробувати нові концепції варто шляхом внесення змін у чинний кримінальний закон. Лише у разі якщо певна реалізована концепція покаже свою дієвість, варто буде поглиблювати відповідну ідею в кримінальний закон і надалі.

Для прикладу, повна відмова від спеціальних складів кримінальних правопорушень у Особливій частині КК України одномоментно зумовлює передбачення кваліфікуючих або ж привілеюючих норм у окремих статтях Особливої частини КК України. Чи доцільно робити такий різкий крок одразу? Можливо варто спершу спробувати, як «працюватиме» кримінальний закон у разі винесення у Загальну частину КК України тих наскрізних диференціюючих ознак, які характерні для більшості кримінальних правопорушень. Йдеться про форми співучасті та повторність й рецидив.

Лише у разі схвалення правозастосувачем такого кроку можна продовжувати реалізацію ідей щодо відмови від диференціюючих ознак, які стосуються менших груп кримінально караних діянь або ж взагалі стосуються одиничних діянь.

Особливу частину кримінального закону доцільно будувати зі зменшенням відсоткової частки складених кримінально караних діянь.

Відмова від складених складів кримінальних правопорушень веде до кваліфікації вчиненого за сукупністю. Це своєю чергою допоможе суду у процесі призначення покарання врахувати усі вчинені кримінально карані діяння. Тому цілком підтримую підхід щодо відмови від використання способів поглинання або часткового складання покарань у разі призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень.

Звуження кола покарань, які можуть бути призначені за вчинення злочину або ж проступку у поєднанні із відмовою від санкцій у Особливій частині кримінального закону, потребує додаткового вивчення. Окрім цього, питання покарання зумовлюють й необхідність більш детального дослідження інститутів, пов'язаних із його застосуванням. Ці проблеми надто об'ємні і цілком дослідити їх у межах вивчення феномену диференціації кримінальної відповідальності складно.

Однак, керуючись значенням санкції статті Особливої частини КК України як фактичного проміжного результату диференціації кримінальної відповідальності через визначення відносно визначених покарань, альтернативних та кумулятивних санкцій, видається, що відмова від них є передчасною. Саме санкція статті Особливої частини КК України чітко демонструвала потенційну кримінально-правову репресію з боку держави.

Якщо спробувати коротко конкретизувати, які ж первинні питання для обговорення в контексті диференціації кримінальної відповідальності слід розглянути, із метою наступного вдосконалення кримінального закону, то мало б йтися про такі проблематики, які коротко окреслені далі.

З огляду на існування очевидної відмінності між суспільною небезпечністю замаху та закінченого кримінального правопорушення слід обговорити доцільність відмови від імперативного диференціювання кримінальної відповідальності за замах шляхом забезпечення оцінки зміни суспільної небезпечності між замахом та закінченим посяганням з урахуванням конкретних обставин провадження та делегувати оцінювання зміни такої суспільної небезпечності на етап індивідуалізації кримінальної відповідальності. Водночас з урахуванням якісної відмінності між суспільною небезпекою готування та замаху і закінченого кримінального правопорушення констатовано наявність підстави для диференціації кримінальної відповідальності у цьому випадку. Також слід зупинитися на питання про відмову від законодавчого підходу щодо зменшення верхньої межі найбільш суворого покарання у разі вчинення замаху, залишивши таку диференціації кримінальної відповідальності у разі вчинення готування.

Готування до вчинення кримінального правопорушення повинно бути кримінально караним не у всіх випадках. Визначення тих складів кримінальних правопорушень, відповідальність за які настає, починаючи зі стадії готування, необхідно визначити в окремій статті Загальної частини КК України. Вибір кола таких складів повинен ґрунтуватися на врахуванні об'єкта посягання та характеру суспільно небезпечного діяння.

Диференціація кримінальної відповідальності з урахуванням співучасті відбувається за допомогою врахування законодавцем форми співучасті як кваліфікуючої ознаки та співучасті особливого роду (складів *sui generis*). При цьому зміна суспільної небезпечності як критерій для диференціації кримінальної відповідальності з урахуванням співучасті ґрунтується на ознаці згуртованості співучасників, яка якісно характеризує інститут співучасті загалом. Варто зосередитись на доцільності подальшої диференціації кримінальної відповідальності залежно від вчинення кримінального правопорушення групою осіб без попередньої змови та групою осіб за наявності такої змови.

Найбільш типовими законодавчими прийомами для диференціації кримінальної відповідальності з урахуванням ознаки співучасті є конструювання кваліфікованих складів кримінальних правопорушень за цією ознакою та наступне підвищення видів і розмірів покарань у санкціях статей Особливої частини КК України.

Комплексний аналіз проблематики вчинення кримінального правопорушення разом із особами, які не є суб'єктами кримінального правопорушення, зумовлює переосмислення і констатацію факту про зростання суспільної небезпечності у разі спільного вчинення кримінально караного діяння не лише спільно з особами, які є суб'єктами кримінального правопорушення, а й спільно з особами, які такими суб'єктами не є.

Ще одним напрямком вдосконалення процесу й результату диференціації є так зване проведення наскрізної диференціації кримінальної відповідальності шляхом перенесення низки диференціюючих ознак до Загальної частини КК України.

Постійне порушення спеціальних правил спеціальним суб'єктом, про які він обізнаний і яких повинен дотримуватися, свідчить про його підвищену суспільну небезпечність і слугує підставою для диференціації кримінальної відповідальності за повторність порушення спеціальних правил особою, яка повинна їх дотримуватися.

Диференціація кримінальної відповідальності може здійснюватися шляхом визначення кола покарань, які не можуть застосовуватися до певних груп суб'єктів на основі врахування характеристик особи, яка вчинила кримінальне правопорушення (неповнолітній вік, інвалідність,

пенсійний вік, вагітність тощо) або суспільної небезпеки (можливості/неможливості призначення довічного позбавлення волі за незакінчений злочин, обмеження застосування конфіскації майна). Однак досить сумнівною є підставність відмови від заборони призначати покарання, пов'язані з працею, для осіб з інвалідністю, осіб пенсійного віку та неповнолітніх; арешту та обмеження волі щодо низки категорій осіб, оскільки такі диференціюючі положення часто призводять до протилежного результату. Адже часто така імперативна вказівка у кримінальному законі навпаки погіршує правове становище тих осіб, про яких турбувався законодавець.

Необхідно доповнити кримінальний закон новим диференціюючим положенням, яке б імперативно унеможливило застосування інституту звільнення від кримінальної відповідальності з випробуванням у разі вчинення під час іспитового строку нового умисного кримінального правопорушення або такого необережного кримінального правопорушення, яке полягає у порушенні спеціальних правил.

У разі диференціації кримінальної відповідальності за віковою ознакою варто враховувати, що якщо кримінальна відповідальність за нормою-частиною настає з 14-річного віку, то за нормою-цілим вона теж повинна наставати з цього ж віку; потрібно розширити коло покарань, які можуть бути застосовані до неповнолітніх, які досягнули 14-річного віку, шляхом застосування тих видів покарань, які полягають у залученні до праці; до неповнолітніх доцільно застосовувати додаткові покарання; зменшення розмірів покарань для неповнолітніх повинно відбуватися пропорційно; спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітніх повинні застосовуватися паралельно із загальними видами такого звільнення.

В Особливій частині кримінального закону диференціації кримінальної відповідальності втілена через: суміжні склади кримінальних правопорушень; спеціальні норми; санкції статей.

У разі суттєвого реформування кримінального закону варто враховувати те, що існують підстави для наскрізної диференціації кримінальної відповідальності з урахуванням форми співучасті, повторності та спеціального рецидиву у Загальній частині кримінального закону. Адже ці ознаки змінюють суспільну небезпечність в усіх умисних кримінальних правопорушеннях, а ознаки повторності та спеціального рецидиву — суттєво впливають також на суспільну небезпечність необережних кримінальних правопорушень, які полягають у порушенні спеціальних правил.

Також законодавцю відмовитися від абсолютно визначених санкцій; змінити підхід до можливості призначення неповнолітнім покарань, які пов'язані зі залученням до праці, оскільки вони здатні реалізувати ціль виправлення та перевиховання засудженого. Якщо санкція простого складу кримінально караного діяння є кумулятивною, то й у кваліфікованому складі варто залишити можливість застосування до засудженого додаткового виду покарання.

Висновки. Теорія диференціації кримінальної відповідальності є вченням про те, як держава через законодавця, який є єдиним суб'єктом диференціації закріплює у кримінальному законі базові моделі суспільно небезпечної поведінки, визначає показники, що її підвищують або навпаки знижують, враховує характеристики особи, яка її вчинила та у кінцевому варіанті закріплює межі потенційного впливу, що є реакцією держави на вчинене кримінально каране діяння.

Диференціація кримінальної відповідальності є невід'ємною складовою принципу справедливості, поряд із криміналізацією/декриміналізацією та індивідуалізацією кримінальної відповідальності. З огляду на те, що диференціація кримінальної відповідальності здійснюється законодавцем і полягає у побудові моделі кримінально караного діяння і визначенні меж потенційного впливу кримінально правовими засобами на особу, яка вчинила кримінально каране діяння, вона відрізняється від індивідуалізації кримінальної відповідальності, що здійснюється судом, виходячи із конкретного вчиненого суспільно небезпечного діяння і ознак особи, яка його вчинила.

Критеріями (підставами) диференціації кримінальної відповідальності є зміна суспільної небезпечності (ступеня тяжкості кримінального правопорушення порівняно із суспільною небезпечністю базового кримінального правопорушення) та характеристики особи, яка вчинила кримінально каране діяння.

Диференціація кримінальної відповідальності покликана забезпечити справедливий, пропорційний баланс між базовим (загальним) посяганням зі всіма його ознаками/особою, яка вчинила таке діяння, та потенційним колом заходів, які передбачені законодавцем за вчинене у кримінальному законі.

У кожному випадку після криміналізації або ж одночасно з нею законодавцю необхідно провести справедливу диференціацію кримінальної відповідальності. Адже лише баланс між оцінкою суспільної небезпечності вчиненого та особою злочинця, з одного боку, та кримінально-правовою репресією — з іншого, допоможуть забезпечити пропорційність впливу на особу та досягнути справедливості загалом.

Засоби диференціації кримінальної відповідальності можуть впливати на склад кримінального правопорушення або ж лише на форму кримінальної відповідальності особи. До засобів диференціації першого виду віднесено врахування повторності та рецидиву, співучасті, а також конструювання спеціальних норм та норм, що містять суміжні склади кримінальних правопорушень. Засобами диференціації другого виду є такі: врахування стадії вчинення посягання; врахування вікової ознаки особи, яка вчинила кримінальне правопорушення; конструювання альтернативних, відносно визначених, кумулятивних санкцій; визначення особливостей застосування певних видів покарань; передбачення можливості звільнення від кримінальної відповідальності; можливість звільнення від покарання або його відбування, умовно-дострокове звільнення, заміна невідбутої частини покарання більш м'яким, встановлення строків зняття та погашення судимості; встановлення особливостей кримінальної відповідальності за певну групу кримінальних правопорушень.

Вектор зміни законодавчої техніки в частині диференціації кримінальної відповідальності повинен бути спрямований на: відмову від подальшого збільшення кількості спеціальних складів кримінальних правопорушень, оскільки велика кількість спеціальних норм у кримінальному законі спричиняє надмірну казуїстику; збільшення кількості наскрізних диференціюючих положень із передбаченням їхнього диференціюючого впливу у Загальній частині кримінального закону; використання механізмів, які забезпечують поступову диференціацію кримінальної відповідальності.

Останній вектор насамперед стосується диференціації кримінальної відповідальності через застосування інституту покарання. Адже саме покарання, як одна з форм кримінальної відповідальності найяскравіше демонструє досягнення справедливості у співвідношенні «суспільна небезпечність вчиненого посягання — реакція держави на вчинене кримінально-правовими засобами».

Орієнтири диференціації кримінальної відповідальності в кримінальному законі України як під час зміни парадигми кримінального законодавства України загалом, так і під час поточного вдосконалення окремих його положень такі:

1) критеріями диференціації кримінальної відповідальності є явна зміна суспільної небезпечності вчиненого посягання, а також врахування характеристик особи, яка його вчинила;

2) об'єкт посягання є первинним критерієм оцінки зміни суспільної небезпечності вчиненого посягання;

3) неможливість вичерпного окреслення кола тих ознак (показників), які явно впливають на зміну суспільної небезпечності всіх посягань, оскільки така оцінка зміни пов'язана з оцінкою передусім об'єкта посягання;

4) виокремлення наскрізних критеріїв диференціації кримінальної відповідальності, які завжди змінюють суспільну небезпечність вчиненого діяння та які повинні бути закріплені в Загальній частині КК України з визначенням диференціюючого впливу на кримінальні правопорушення;

5) недоцільність диференціації кримінальної відповідальності у разі досягнення максимального ступеня ушкодження об'єкта посягання або досягнення максимального покарання;

6) доцільність відмови від казуїстичного описання у кримінальному законі України диференціюючих критеріїв та перехід до застосування наскрізних підходів.

Зазначені орієнтири можуть бути основою для окреслення інших правил для законодавця, які повинні враховуватися у ході процесу диференціювання кримінальної відповідальності, з метою забезпечення справедливого балансу між оцінкою вчиненого діяння і потенційними засобами кримінальної репресії, у межах якої суд індивідуалізує кримінальну відповідальність.

Розділ 9. ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ПЕНАЛІЗАЦІЇ ТА ДЕПЕНАЛІЗАЦІЇ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ

Расім БАБАНЛИ,
доктор юридичних наук,
Верховний Суд, Перший заступник керівника Апарату

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4243-9797

Анотація. Стаття присвячена дослідженню сучасних підходів до пеналізації та депеналізації у сфері кримінально-правової політики. Автор аналізує практику призначення покарання в Україні та інших країнах, наголошуючи на відсутності єдиних і науково обґрунтованих критеріїв визначення адекватності та пропорційності санкцій. Зазначено, що існуюча система часто спирається не на раціональні, а інтуїтивні підходи, що породжує суспільний резонанс та недовіру до правосуддя. У статті обґрунтовується необхідність зміни акценту від виправлення як універсальної мети покарання до забезпечення принципу адекватності та пропорційності покарання ступеню тяжкості злочину. Розглядається зарубіжний досвід, зокрема США, Нідерландів, Великої Британії, Польщі, які застосовують різні концепції визначення цілей покарання. Автор доводить, що пошук універсальної концепції покарання неможливий без формування системи єдності судової практики та створення спеціальних інституцій, які б здійснювали аналіз стану призначення покарань та розробляли пропозиції щодо його покращення. У підсумку пропонується концепція пенальної адекватності, що поєднує пропорційність, справедливість та прозорість у визначенні покарання. Такий підхід забезпечить баланс між захистом суспільства, правами особи, яка притягується до відповідальності та легітимністю кримінально-правової системи, що є запорукою довіри до правосуддя та ефективної реалізації кримінальної політики держави.

Ключові слова: пеналізація, депеналізація, кримінальне покарання, пропорційність, адекватність, справедливість, кримінальна політика, судова практика, санкції, превенція, кримінальне право, правозастосування, рецидив, корупційні злочини, реабілітація, кримінальна юстиція, ЄСПЛ, верховенство права, sentencing guidelines, каральна політика.

Rasim BABANLY,

BASIC APPROACHES TO PENALIZATION AND DECRIMINALIZATION IN THE FIELD OF CRIMINAL LAW POLICY

Abstract. The article is devoted to an inquiry into contemporary approaches to penalization and depenalization within the sphere of criminal-law policy. The author examines sentencing practice in Ukraine and other jurisdictions, underscoring the absence of unified, scientifically grounded criteria for determining the adequacy and proportionality of sanctions. It is noted that the existing system often relies not on rational analysis but on intuition, which generates public controversy and undermines trust in the administration of justice. The article argues for a reorientation of emphasis from rehabilitation as a universal sentencing objective toward securing the principle of adequacy and proportionality of punishment to the gravity of the offence. Foreign experience—particularly from the United States, the Netherlands, the United Kingdom, and Poland—is considered, illustrating diverse conceptualizations of sentencing aims. The author contends that no universal sentencing paradigm can be devised without establishing mechanisms for the unification of judicial practice and creating dedicated institutions tasked with analyzing the state of sentencing and formulating proposals for its improvement. In conclusion, the concept of penal adequacy is advanced—one that integrates proportionality, fairness, and transparency in the determination of punishment. Such an approach, the author argues, would strike an appropriate balance between the protection of society, the rights of the person held to account, and the legitimacy of the criminal-law system, thereby underpinning public confidence in the courts and the effective implementation of the state's criminal policy.

Key words: penalization, depenalization, criminal punishment, proportionality, adequacy, fairness, criminal policy, judicial practice, sanctions, prevention, criminal law, law enforcement, recidivism, corruption crimes, rehabilitation, criminal justice, ECHR, rule of law, sentencing guidelines, penal policy.

«Я збираюся внести законопроєкт, щоб притягати суддів до відповідальності, коли звільнені ними насильницькі рецидивісти вчиняють нові злочини». Таку заяву нещодавно зробив Ренді Файн (Randy Fine), конгресмен зі штату Флорида[799].

799

[799] Nitzberg A. Republican wants judges held accountable if they release repeat violent criminals who strike again. *Fox News*. 2025, 8 вересня. URL: https://surl.lu/rzvtmu

Ренді Файн зробив ці заяви на тлі вбивства **Ірини Заруцької**, 41-річної українки, яка була біженкою у США. Вона загинула в Орландо (Флорида) у серпні 2025 року, і підозрюваним став **Декарлос Браун** — чоловік із кримінальним минулим, якого раніше неодноразово арештовували, але суддя **Тереза Стокс** відпускала його під заставу чи на умовах.

Файн прямо пов'язав свій законопроєкт *JAIL Act* із цим випадком. Він казав, що суддя, яка випустила Брауна, «несла би особисту відповідальність», якби його закон уже діяв. Саме цей злочин він використав як приклад того, чому, на його думку, потрібно змінити законодавство і дозволити родинам жертв судитися із суддями[800].

Цей випадок значною мірою актуалізує питання, пов'язані з караністю кримінальних правопорушень, пеналізацією та депаналізацією, двома обов'язковими складовими яких є щонайменше — міра покарання, визначена кримінальним законом, а також те, як ця міра застосовується судом у кожному конкретному випадку.

Реалізація пенальної політики на обидвох зазначених рівнях у необґрунтований спосіб час від часу призводить до виникнення резонансних ситуацій, які вчергове підкреслюють важливість здорового глузду у питаннях караності злочинних діянь.

В українських реаліях це питання нещодавно виникало в контексті криміналізації керування транспортним засобом у стані алкогольного сп'яніння, оскільки на думку громадськості, народних депутатів — відповідальність, яка встановлена КУпАП є недостатньої за це діяння.

Однак, наше дослідження стану призначення покарання[801] показало, що досить часто питання караності злочинних діянь на двох згаданих рівнях (законодавчому, правозастосовному) вирішується радше інтуїтивно, а не раціонально.

Ведучи мову про пеналізацію на законодавчому рівні потрібно враховувати, що в частині санкцій статей КК, він майже перейняв законодавчі положення, які існували в кодексі радянської доби, з певним осучасненням певних аспектів.

Немає в нашій правовій системі на сьогодні серйозної дискусії про те, чи адекватною та пропорційною є міра відповідальності за умисне вбивство — від 7 до 15 років позбавлення волі за частиною першою,

[800] Nitzberg A. Republican wants judges held accountable if they release repeat violent criminals who strike again. Там само.

[801] Бабанли Р. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади : монограф. Чернігів : Десна Поліграф, 2019. 487 с.

чи від 10 до 15 років позбавлення волі або довічне позбавлення волі за частиною другою.

Неможливо на сьогодні знайти бодай якусь версію, чому саме 15? Чим зумовлена така верхня межа — особливо за частиною другою, якщо інша — більш сувора альтернатива — довічне позбавлення волі.

Чому в більшості випадків за умисне вбивство призначається мінімальне покарання — 7 років позбавлення волі[802], а, скажімо, за корупційне діяння — 9 років позбавлення волі[803]?

Періодичний суспільний резонанс, який виникає в тому чи іншому випадку підкреслює важливість питання міри караності злочинних діянь, підкреслюючи значною мірою той факт, що це питання не можна вважати виключно правовим.

Згадані прояви, які викликають більше питань, аніж відповідей, мають глобальний характер та не є пов'язаними з якоюсь окремо взятою державою. Наявність такої проблематики природньо притягує увагу вчених галузі кримінального права, кримінології.

Александр Корда, систематизує кризи, пов'язані з пеналізацією та депеналізацією, виокремлюючи їх три основні групи.

(i) Кризи гіперінтенсивності — визначаються як надмірне та агресивне використання державної пенальної влади, що виявляється у непропорційному застосуванні поліцейських, прокурорських та каральних заходів, які значно перевищують необхідний рівень для підтримання громадського порядку чи справедливості. Такий підхід веде до посилення нагляду, криміналізації навіть незначних правопорушень і загальної надмірної залежності від репресивних інструментів, що врешті-решт сприяє масовому покаранню. Це породжує серед населення поширений страх бути об'єктом переслідування та формує новий тип уразливого громадянства, коли індивіди сприймають себе як постійно підданих ризику в дедалі більш каральній системі.

(ii) Кризи гіперселективності — визначаються як вибіркове застосування пенальних санкцій, що здебільшого зосереджується на окремих соціальних групах або формах поведінки, ігноруючи водночас інші види формально криміналізованих діянь, учинених різними категоріями правопорушників. Пріоритизація певних злочинів чи демографічних груп для репресивного переслідування підриває довіру до системи кримінальної юстиції та призводить до непослідовної й фрагментарної

[802] Бабанли Р. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади. Там само. С. 112

[803] Вищий антикорупційний суд ухвалив вирок у справі колишнього голови Тернопільської обласної ради. URL: https://surl.li/agvqcc

803

реалізації правових норм, що суперечить ідеалові егалітарної та недискримінаційної справедливості.

(iii) Кризи, зумовлені непрозорістю призначення покарання — визначаються як втрата легітимності пенальної системи у випадках, коли процес винесення вироку сприймається як непрозорий, надмірно м'який або непослідовний, що створює напруження між задекларованими цілями та їх фактичною реалізацією. Проблема постає тоді, коли формально передбачена суворість покарань у суспільному сприйнятті нівелюється завдяки таким механізмам, як перекваліфікація обвинувачень, зміни вироків або санкції, які видаються невиправдано поблажливими. Такі розбіжності транслюють суспільству суперечливі сигнали, формуючи уявлення про систему правосуддя як неефективну чи несправедливу та нерідко підживлюючи каральні настрої[804].

Питання пеналізації та депеналізації належать до найбільш важливих у сфері кримінальної юстиції. Попри те, що покарання саме по собі не може забезпечити увесь превентивний потенціал кримінального правосуддя, однак непропорційний підхід до його визначення сам по собі здатен цей потенціал зруйнувати.

Не має сумнівів у тому, що приймаючи рішення про те, щоб вчинити певну дію, навіть і злочинну, особа враховує наслідки, які у зв'язку з такою дією можуть настати. Якщо такі наслідки є позитивними — це є стимулом до вчинення певної дії, якщо негативними — до відмови від її вчинення.

Відтак, для того, щоб стримати особу від вчинення злочину, особа має бачити, які наслідки за його вчинення передбачені, має розуміти, що такі наслідки є більш негативними, ніж позитивний ефект, який вона може одержати, а також розуміти, що такі наслідки є неминучими і настануть у будь-якому випадку вчинення нею кримінально-караного діяння.

Саме в призначеному конкретній особі покаранні виявляється каральна політика держави, яка поєднує в собі реалізацію різних цілей державного реагування на випадки порушення найбільш суворих правових заборон, оскільки покарання згідно із законом України про кримінальну відповідальність — це не лише кара, а й виправлення особи, запобігання вчиненню нею та іншими особами нових злочинів.

Очевидним є те, що лише обґрунтований та виважений підхід до визначення конкретного виду та розміру покарання, інших правових

804

[804] Corda A. The legitimacy of criminal law and the performance crises of penality. Springer. 2025. URL: https://surl.li/cjkspu

наслідків, які наставатимуть для особи у зв'язку із вчиненням нею злочину, може забезпечити досягнення балансу між усіма цілями покарання під час його призначення. Обрання та реалізація відповідного підходу залежить від існування науково-обґрунтованих загальних теоретичних і нормативних положень, які б могли використовуватись як спільний знаменник та застосовуватися до осіб, що вчинили різні види суспільно небезпечних діянь, незалежно від їх спрямованості та ступеня тяжкості.

Правова система держави має забезпечувати баланс між суворістю та м'якістю заходів реагування на порушення найбільш суворих — кримінально-правових заборон. Водночас покарання, яке призначається особі, має бути справедливим. На сьогодні закон такої вимоги не ставить, однак не можна заперечувати тезу про те, що покарання має бути справедливим, а призначення несправедливих покарань не може визнаватися таким, що відповідає основоположним цілям покарання.

Беззаперечним є те, що призначення покарання за окремі злочини та стан призначення покарання загалом у державі мають бути предметом перманентного дослідження, а результати такого дослідження мають ретельно аналізуватися та мати вплив на подальший розвиток цього важливого аспекту кримінального права.

В Україні, на відміну від інших держав, які впродовж десятиріч здійснюють пошук ефективних засобів подолання проблем неоднорідності покарань, не реалізується жодна концепція, яка була б присвячена цим питанням. У деяких країнах, як наприклад Нідерландах[805], Уельсі[806], здійснюється пошук оптимального варіанту й аналіз доцільності запровадження вказівок призначення покарання (*sentencing guidelines*), в інших, наприклад, США[807], Австралії[808] — відбувається робота над їх вдосконаленням та пошуком більш ефективних способів використання покарання для протидії злочинності, використання досягнень інших наук, насамперед це стосується психології.

Натомість, істотну увагу в сучасній правовій системі приділено питанням застосування норм матеріального права під час кваліфікації

805

806

807

808

[805] Kooijmans T. L'harmonisation des sanctions pénales en Europe. Netherlands. 2009. C. 205. URL: https://surl.li/lqcjcg

[806] O'Connell F. Comparative Research into Sentencing Guidelines Mechanisms. 2011. C. 3. URL: https://surl.li/njbxwb

[807] Crow M. S. Florida's Evolving Sentencing Policy: An Analysis of the Impact of Sentencing Guidelines Transformations. 2005. URL: https://surl.li/avmeyt

[808] Sentencing Guidelines: Australia. URL: https://surli.cc/tqoayd

злочинів, а також застосування норм процесуального права. Водночас вартим уваги з позицій належного забезпечення прав особи, на наш погляд, є аспект не лише правової кваліфікації, а й призначення покарання, оскільки саме таким покаранням визначається обсяг правового впливу на особу у зв'язку із вчиненим нею злочинним діянням.

Для обґрунтування зазначеної тези вважаємо за доцільне змоделювати такий приклад. Особа вчинила умисне вбивство внаслідок раптово виниклого в неї умислу з підстав особистої неприязні, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння. За результатами розгляду справи в суді першої інстанції дії такої особи кваліфіковані за ч. 1 ст. 115 КК та їй призначено покарання у вигляді позбавлення волі строком на 7 років. Проведений нами аналіз судового практики дає підстави для висновку про значну поширеність таких випадків.

Відповідний вирок залишено в силі судами апеляційної та касаційної інстанцій після його перегляду.

Проте в іншій справі про умисне вбивство, за наявності аналогічних у юридичному сенсі обставин, ідентичних юридичних характеристик, однакових обставин, що пом'якшують та що обтяжують покарання, особі призначено покарання у вигляді позбавлення волі строком на 14 років. Цей вирок, як і попередній, було залишено в силі судами апеляційної та касаційної інстанцій.

За таких обставин, формальні підстави для перегляду відповідних справ унаслідок неоднакового правозастосування відсутні.

Таким чином, за правильної та однакової кримінально-правової оцінки діяння кожної із таких осіб, жодна із них не може порушити питання про неоднакову правову реакцію держави на вчинене ними злочинне діяння, яка, на наш погляд, може бути передумовою для констатації нерівності, а також у певному сенсі несправедливості правового відношення держави до особи. Крім того, наведений випадок безпосередньо пов'язаний із правом особи на свободу, хоча б у той період часу, який становить різницю в строках призначеного покарання у вигляді позбавлення волі.

Недостатня обґрунтованість правозастосовних рішень у сфері визначення ступеня караності діянь може мати істотні негативні для правової системи наслідки, оскільки саме у призначеному конкретній особі покаранні виявляється каральна політика держави, яка поєднує в собі реалізацію різних цілей державного реагування на випадки порушення найбільш суворих правових заборон, адже метою покарання згідно закону України про кримінальну відповідальність є не лише кара, а й виправлення особи, запобігання вчиненню нею та іншими особами нових злочинів. При цьому, лише обґрунтований та виважений підхід до

визначення конкретного виду та розміру покарання, інших правових наслідків, які наставатимуть для особи у зв'язку з вчиненням нею злочину, може забезпечити досягнення балансу між різними цілями покарання під час його призначення.

Як відомо, кримінальне покарання є одним із правомірних способів обмеження основоположних прав людини, насамперед таких, як право на свободу й особисту недоторканість, право на мирне володіння майном, які гарантуються Конвенцією про захист основоположних прав і свобод людини.

Водночас очевидним є те, що право на такі обмеження має бути реалізоване у спосіб, передбачений законом, та не може бути надмірним. З іншого — протилежного боку, держава має забезпечувати безпечну реалізацію прав іншими особами, для чого використовують сукупність заходів, до числа яких належить покарання.

Хоча ефективність покарання як засобу протидії злочинності є недоведеною, не можна заперечувати й того, що побоювання покарання (страх перед покаранням) стримує осіб від вчинення злочинів, а також і того, що в окремих випадках, за результатами відбутого покарання, чи, наприклад, визначеного строку звільнення від такого покарання з випробуванням, особа саме із цієї обставини (відбуття покарання) відмовляється від подальшого вчинення злочинів. Проблема лише полягає в тому, що досить складно спрогнозувати, в яких випадках це виступить стримуючим фактором, а в яких — ні.

У будь-якому випадку незаперечними на сьогодні залишаються сформульовані класиками Ш. Л. Монтеск'є, Ч. Беккаріа максими про те, що головне місце в цьому процесі займає не суворість, а невідворотність покарання.

В цьому контексті у сучасних українських реаліях досить гостро постає питання звільнення від відбування покарання з випробуванням, а також того, чи не заважає цей механізм досягати цілей покарання. На нашу думку, відповідь: і так, і ні, все залежить від контексту.

На сьогодні доволі неоднозначно реалізує себе політика пеналізації за корупційні злочини. З одного боку, КК було доповнено забороною застосовувати статті 69, 75 КК при призначенні покарання за корупційні злочини. З іншого боку, згодом, таку можливість було забезпечено, але лише у провадженнях на підставі угод.

Тобто, якщо це звичайне кримінальне провадження, суд не може звільнити особу, яка вчинила корупційний злочин від відбування покарання з випробуванням. А якщо це провадження на підставі угоди, то орган досудового розслідування може передати на затвердження суду

угоду про визнання винуватості з особою, яка вчинила корупційній злочин, з умовою її звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Останні зміни, які прямо дозволили такий правовий механізм були ухвалені в 2024 р. Їх доповнювали також інші зміни усталених підходів КК, згідно з якими, якщо корупціонер звільняється за ст. 75 КК від відбування покарання з випробуванням, до нього може бути застосовано штраф.

Цей правовий механізм дуже нагадує механізм відкупу особи, яка вчинила корупційне діяння, від покарання. Таку собі сучасну індульгенцію. Звісно, штраф — це покарання, але розуміння усіх реалій приводить думаючих людей до висновку про те, що цей штраф сплачується за рахунок тих таки коштів, які були одержані корупційним шляхом.

В якості мотивації таких змін згадувалось про те, що особа, яка укладає угоду, має надати інформацію про інші, відомі їй злочини, та осіб, які їх вчинили. І це дійсно так, але як показує світовий досвід застосування схожих інститутів, такі дії можуть призводити до позитивних наслідків, але — у вигляді зменшення розміру покарання, однак аж ніяк не до звільнення від його відбування.

Така індульгенція несе в собі серйозні загрози для двох цілей покарання — кари, а також загальної превенції. Якщо ж розглядати це питання більш глибоко — то це породжує зневіру доброчесних громадян у правовій системі в цілому, до доволі сильного ігнорування принципу невідворотності покарання як невід'ємної засади будь-якого цивілізованого правового порядку.

Як зазначає О. М. Костенко, відповідно до новітньої доктрини кожна особа, що вчинила злочин, має бути притягнута до відповідальності, але в передбачених законом випадках. Мета кримінального права може досягатися шляхом звільнення притягнутої особи від кримінальної відповідальності чи від покарання[809]. Таким чином, аналіз сучасних вітчизняних реалій дозволяє нам стверджувати про необхідність широкого тлумачення порушення принципу невідворотності відповідальності, під яким варто розуміти не лише притягнення до відповідальності чи призначення покарання.

Водночас, на наш погляд, до проявів ігнорування аналізованої засади можна відносити як призначення занадто м'якого покарання, яке не відповідає ступеню тяжкості злочину, або надміру часте застосування механізму звільнення особи від відбування покарання з випробуванням,

[809] Костенко О. М. Невідворотність покарання. Юридична енциклопедія : в 6 т. / Ред. кол. : Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 4 : Н — П. 2002. С. 109.

невиправдане умовно-дострокове звільнення від відбування покарання або ж заміна невідбутої частини покарання більш м'яким.

Нереагування на такі прояви порушень принципу невідворотності відповідальності призводить до того, що каральна політика держави не узгоджується із основоположним принципом, який має не просто бути дотриманий, а його реалізація має бути однією з основних цілей здійснення відповідної політики.

Для автора цього розділу очевидним є те, що пеналізація чи депеналізація, тобто визначення конкретної міри покарання за конкретний злочин передусім залежить від тієї мети, яку, на думку розробників правової політики, покарання має досягати.

Цей розділ ми розпочали із цитати американського сенатора, який вважає, що суддів потрібно притягати до відповідальності у тому випадку, що особа стосовно якої вони вирішували питання застосування заходу примусу, вчинила насильницький злочин через те, що такий захід примусу виявився занадто м'яким.

Такий підхід має в своїй основі постулат, відповідно до якого суддя наділений супер здібністю прогнозувати факт вчинення особою злочинів, якщо ті перебуватимуть на свободі.

Отже, в такому випадку метою покарання та заходів примусу має бути спеціальна превенція, що ґрунтується на прогностичній функції судді.

Такий підхід, в принципі, не позбавлений сенсу, але пропонуємо розглянути його більш широко через призму цілей, яких має досягати покарання і які з них є в реальності досяжними.

Питання мети покарання на перший погляд не мають пріоритетного значення для дослідження проблематики призначення покарання, оскільки, яке б покарання не було призначене, воно апріорі досягає певних цілей, навіть і тих, які суддя у відповідне покарання не вкладав, його призначаючи. Також, яку б мету не переслідував суддя, призначаючи покарання, він зобов'язаний призначити покарання в межах санкції статті, незважаючи на те, чи кореспондується повною мірою таке покарання із цілями, яких, на думку судді, воно має досягти.

Щодо питань законодавчого регулювання аспектів, пов'язаних із метою покарання, то тут вартими уваги є дві норми КК, а саме ч. 2 ст. 50 КК, яка встановлює, що покарання має на меті не лише кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. Другою нормою є ч. 2 ст. 65 КК, згідно з якою особі, яка вчинила злочин, має бути призначене покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів.

Отже, поряд із тим, що у загальному законодавчому положенні (ст. 50 КК) визначено чотири цілі покарання, перед судом при обранні конкретного виду та розміру покарання в якості мети формально поставлено лише одну: обрати такий вид покарання, який буде необхідним і достатнім для виправлення особи, яка вчинила злочин (ч. 2 ст. 65 КК).

У сучасних вітчизняних та зарубіжних працях наводяться численні аргументи стосовно того, що покарання може мати обмежений вплив на злочинність, а тому недоцільно та й неправильно в якості пріоритетної мети покарання визначати виправлення особи. У контексті наркотичних злочинів А. А. Музика та О. П. Горох зазначають, що практика минулих років свідчить, що застосування лише одних кримінально-правових заходів, спрямованих проти незаконного обігу наркотиків і поширення наркоманії, причому навіть найбільш суворих, не дають бажаного результату, якщо вони не підкріплені активними зусиллями з профілактики зловживанню наркотиків (у тому числі з антинаркотичної пропаганди)[810].

В останні десятиріччя дискусія щодо пріоритетної мети покарання набула нового інтенсивного розвитку, який, знову ж таки, зводився до переоцінки аргументів «за» та «проти» класичної та позитивістської концепції щодо ролі покарання у протидії злочинності. А. вон Хірш узагальнює аргументи щодо мети покарання таким чином: якщо притримуватись концепції виправної мети покарання, то особі за вчинення відносно тяжких злочинів може призначатись відносно м'яке покарання за тієї умови, що вона сприйматиметься такою, яка з невисокою ймовірністю вчинить новий злочин. І навпаки, за відносно нетяжкий злочин особі може бути призначене відносно суворе покарання, якщо ймовірність повернення її на стежку злочинної діяльності є високою. У свою чергу, у контексті концепції, згідно з якою особі має бути призначене покарання, що є пропорційним ступеню тяжкості злочину, то її недоліком називають те, що при призначенні пропорційного покарання особа буде продовжувати його відбувати навіть тоді, коли вона вже виправилась[811].

Одним із прикладів, які наводяться на користь пропорційності як основної мети покарання, вказується, що суспільство може не потребувати захисту від колишніх представників нацистського режиму, які застосовували тортури у концентраційних таборах, але вчинення таких

[810] Музика А. А. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення : монограф. Київ : Паливода А. В., 2012. С. 16.

[811] Von Hirsch A. Recent trends in American criminal sentencing theory. *Maryland Law Review.* 1983. Vol. 42, Issue 1. С. 6–36. URL: https://surl.li/yhquzl

811

дій при цьому заслуговує істотного покарання. Таким чином, якщо захист суспільства в цьому випадку не вимагає істотного строку позбавлення волі або позбавлення волі взагалі, то призначення покарання, яке б відображало тяжкість злочину все ж потрібне[812].

Досліджуючи питання цілей покарання за кримінальним законодавством США, Є. О. Полянський приходить до висновку, що у федеральному законодавстві США отримали відображення обидва підходи до визначення мети покарання, а саме утилітарний та ретрибутивістський. При цьому, утилітарний підхід виходить із ступеню корисності покарання для суспільства. Основним проявом утилітаризму у сфері призначення покарання в США є застосування Керівництв з призначення покарання, які можуть бути швидко адаптовані до нових реалій та суспільних потреб. Ретрибутивістська течія, як зазначає вчений, засновується на антиконсеквенціалізмові і виключає необхідність врахування фактора корисності для суспільства при обранні міри покарання за вчинений злочин. Існує декілька видів ретрибутивістських теорій, проте в науці США є поширеною теорія «справедливої кари» («*just deserts*»). Теоретики-ретрибутивісти виокремлюють два основні фактори, які мають бути враховані при визначенні міри покарання: психічне відношення особи до вчиненого, а також шкідливі наслідки злочину[813].

Вітчизняний академік О. М. Костенко, досліджуючи питання ролі покарання у протидії злочинності, а отже і пов'язаного із ним питання критерію, який має покладатись в основу визначення виду та розміру покарання, вказує на те, що необхідним є справедливе покарання. Водночас вчений зауважує, що у сучасних умовах поняття справедливості покарання модифікується в межах від принципу таліону («око за око», «зуб за зуб», «смерть за смерть») до принципу адекватності і визначається двома факторами: соціальною природою суспільства і станом соціальної, зокрема правової, культури людей, які її складають. Розвиток суспільства визначає еволюцію поняття справедливості покарання: від справедливості, заснованої на критерії таліону, — до справедливості, заснованої на критерії адекватності. Зокрема, покаранням, адекватним, наприклад, вбивству є позбавлення волі на певний строк. Крім того, О. М. Костенко уточнює власну позиції тим, що питання розміру строку,

---

[812] Robinson P. H. Distributive Principles of Criminal Law: Who should be punished and how much? — Oxford University Press, 2008.

[813] Полянський Є.Ю. Призначення покарання за кримінальним правом США : автореф. дис. ... канд. юрид. наук 12.00.08 ; Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2007. С. 10.

який буде адекватним убивству залежить від стану суспільства на момент призначення покарання.

Саме про «адекватність» пише і згаданий вище вчений Александр Корда. Реалізація та оцінювання ключових параметрів — таких, як пропорційність каральних заходів, забезпечення егалітарного та недискримінаційного розподілу покарання, а також відповідність між задекларованими цілями й засобами їх досягнення — становлять необхідну передумову формування пенальної системи, заснованої на стійкій легітимності. Концептуальна архітектоніка такої системи має спиратися на принцип «пенальної адекватності», що ґрунтується на ідеях поміркованості, егалітаризму, прозорості та ефективності. Пенальна адекватність акцентує на необхідності збалансованого й справедливого застосування карального потенціалу держави — такого, що є виваженим, недискримінаційним, чітко артикульованим і, зрештою, спроможним досягати поставлених завдань у довготривалій перспективі[814].

Схожі за змістом позиції обґрунтовуються у працях інших вчених. За результатами багаторічного дослідження різних аспектів кримінального покарання, Е. Ешворт наводить додаткові аргументи стосовно недоцільності оцінювання покарання як засобу, який може мати істотний вплив на злочинність, зокрема, з огляду на те, що злочинність має безліч детермінант, а також враховуючи те, що жодна система оцінки рівня злочинності не може забезпечити вичерпні данні щодо її поточного стану. Це, у свою чергу, робить неможливим визначення впливу покарання на рівень злочинності. За результатами такого аналізу вчений формулює висновок, що не слід надто багато очікувати від призначення покарання. Воно має прагнути до справедливості та пропорційності, а будь-які винятки з цієї мети мають бути належним чином обґрунтовані[815].

Дослідження сучасних наукових та аналітичних праць, присвячених питанням призначення покарання в інших державах із розвиненою пенологічною теорією, дозволяє вважати достатньо обґрунтованою критику розгляду покарання як засобу виправлення та попередження нових злочинів, а отже цю мету вважати пріоритетною. Фокусування на такій меті як єдиній та пріоритетній створює перешкоди для досягнення інших цілей покарання, які, зокрема, базуються на тому, що вид та розмір покарання мають бути пропорційними та співрозмірними із ступенем тяжкості злочину.

[814] Corda A. The legitimacy of criminal law and the performance crises of penality. Springer. 2025. URL: https://surl.li/cjkspu

814

[815] Ashworth A. Sentencing and Criminal Justice. Fourth Edition. Cambridge, 2005. C. 381

Аналіз новітньої історії обрання різними державами концепції, відповідно до якої здійснюється призначення покарання, дозволяє стверджувати про відсутність однозначних критеріїв, які б визначили беззастережну перевагу тієї чи іншої концепції. Можна констатувати, що цей процес є процесом «спроб і помилок», при якому на зміну одній частково чи повністю невдалій концепцію приходить інша.

Коротко описуючи питання еволюції мети покарання Р. Каннаі зазначає, що на початку століття (XX століття — прим. Р. Б.) спостерігався розквіт реабілітуючих (тобто тих, що спрямовані на забезпечення виправлення особа — прим. Р. Б.) засад у призначенні покарання. Однак в останню чверть століття, навпаки, свого розвитку набув ретрибутивістський підхід (теорія відплати — прим. Р. Б.). В останні роки, у свою чергу, спостерігається, як зазначає вчений, постійно зростаюча сила превентивних засад, які передбачають передусім захист суспільства шляхом застосування тривалого ув'язнення осіб, які вчинили злочини, якщо існує побоювання того, що вони можуть знову вчинити тяжкі злочини[816].

У цілому слід зазначити, що фактично усі цілі покарання піддаються аргументованій критиці у сучасних наукових працях. Так, поряд із обґрунтуванням та розкриттям сучасних умов реалізації тієї чи іншої мети покарання, у непоодиноких дослідженнях порушується питання про неспроможність того чи іншого підходу до визначення наслідків, які настають чи мають наставати у зв'язку з призначенням і відбуванням певної міри покарання.

Так, зокрема, Д. В. Ягунов, досліджуючи загальну превенцію, як мету покарання, стверджує, що загальнопревентивний міф служить каркасом, формою, яка наповнюється іншими цілями. Незважаючи на великий ступінь міфологічності загальної превенції, зазначає вчений, все одно, треба визнати, що вона перебуває у набагато вигіднішому становищі порівняно з метою виправлення злочинців. Надзвичайно критично ставлячись до виправлення засуджених як мети покарання, ми з більшою повагою розглядаємо загальну превенцію, не зважаючи на те, що її ефект її дії у багатьох сферах залишається на рівні непідтвердженої гіпотези[817]. Таким чином, як і з приводу виправлення, так і з при-

816

[816] Kannai R. Proportionality in Sentencing: Constitutional or Criminal Issue. *Bar-Ilan University Public Law Working Paper.* № 09–10. 2010. 38 с. URL: https://surl.li/ryempc

[817] Ягунов Д. Загальна превенція як мета покарання (філософсько-правовий та кримінологічний аналіз) // *Актуальні проблеми європейської інтеграції* : Збірн. статей з питань європейської інтеграції та права. Вип. 6 / За ред. Д.Ягунова. Одеса : Вид-во «Фенікс», 2011. С. 111.

воду загальної превенції, у наукових працях висловлюються сумніви у контексті успішності покарання у досягненні відповідних цілей.

Узагальнюючи аргументи, які наводяться у відповідних працях, можна дійти висновку про недоведену ефективність покарання, як засобу, який гарантовано забезпечить досягнення тих цілей, які перед ним ставляться. Наприклад, якщо особа вчинила злочин після відбування покарання, існують підстави стверджувати, що такої мети як виправлення, покарання не досягло. Те ж саме можна зазначити і щодо спеціальної превенції. Аналогічних висновків можна дійти і у тому випадку, коли один із співучасників відбув покарання, а інший — ні, при цьому останньому було відомо про засудження першого, що, однак, не стримало його від продовження злочинної діяльності.

Такі аргументи і висновки, без сумніву, можуть мати місце, однак, на наш погляд, лише завдяки їм не можна беззастережно спростовувати теорію цілей покарання. Слід погодитись, що не в усіх ста відсотках випадків покарання досягає усіх своїх цілей, однак не можна заперечувати і того, що стосовно певних осіб, які вчинили злочин та відбули покарання, воно мало успішний вплив в аспекті виправлення таких осіб і саме завдяки покаранню вони у подальшому відмовились від злочинної діяльності. Згідно дослідження О. Фролової, вчена приходить до висновку, що переважна більшість людей не вчиняє злочини зовсім не зі страху перед покаранням, а з причин, наприклад, певного виховання, моральних принципів і засад. Проте є й інші громадяни, які не вчиняють злочин саме внаслідок загрози та страху перед покаранням. Крім того, існує й третя група громадян, які вчиняють злочини, незважаючи ні на що: ні на виховання, ні на існуючі у суспільстві норми поведінки тощо, ні, врешті — решт, на загрозу покаранням[818].

Результати аналізу наукових праць і даних судової статистики свідчать про те, що не слід розраховувати на покарання як на ефективний засіб виправлення особи, а тому, очевидно, слід одночасно відмовитись від формування у кримінальному законодавстві ілюзії про те, що, призначаючи покарання суддя має обрати такий вид та розмір покарання, який призведе до виправлення особи, оскільки майже кожен другий злочин вчиняється особою, яка попередньо засуджувалась.

Відповідно до чинного закону України про кримінальну відповідальність покарання, як зазначалось вище, має чотири мети: кара,

[818] Фролова О. Г. Злочинність і система кримінальних покарань (соціальні, правові та кримінологічні проблеми й шляхи їх вирішення за допомогою логіко-математичних методів). Київ, 1997. С. 109.

виправлення засудженого, запобігання вчиненню ним нових злочинів, запобігання вчиненню злочинів іншими особами. Разом із тим, ані КК, ані правозастосовна практика не визначає способів, завдяки яким зазначені цілі покарання мають досягатись, в якій послідовності, які з них є пріоритетними та чи існує взагалі пріоритет одних цілей перед іншими. На наш погляд, такий пріоритет існує або ж має існувати, однак його пошук необхідно здійснювати не абстрактно, тобто стосовно злочину взагалі, а відносно конкретного суспільно небезпечного діяння, за вчинення якого обирається покарання конкретного виду та розміру.

До схожих висновків приходять й інші дослідники теорій покарання. Так, Д. В. Ягунов зазначає, що загальна дискусія про загальну превенцію повинна будуватися на аналізі кожного виду злочину окремо. Потенційний превентивний ефект покарання за вбивство абсолютно відрізняється від потенційного превентивного ефекту покарання за дорожньо-транспортну пригоду. Вчений також стверджує, що вивчення загальнопревентивного ефекту кримінального покарання в цілому не має сенсу[819].

Існують підстави для висновку, що при вчиненні найбільш суспільно небезпечних злочинів, таких як умисне вбивство, інших особливо тяжких злочинів проти життя і здоров'я особи, зґвалтування, посягань на свободу особи неправильно a priori прирівнювати такі цілі як кара і виправлення, оскільки виправлення, як мета покарання, може мати логічний прояв насамперед у тих випадках, коли шкода від злочину є умовно відновною, а вчинений злочин не свідчить про «надмірну кримінальність» особи.

У свою чергу, у тих випадках, коли особа, наприклад, вперше вчинила ненасильницький злочин проти власності (крадіжку чи шахрайство) недоцільно застосовувати a priori такий же репресивно-каральний механізм, який, за своєю правовою природою, є тотожним механізму, про який було згадано вище. Застосування такого механізму може призвести до зворотного ефекту, а саме до створення умов, які не запобігатимуть, а навпаки, сприятимуть вчиненню злочину такою особою. Таким чином, у випадку вчинення згаданих нетяжких злочинів, основне фокусування уваги має здійснюватись на обранні такої міри відповідальності (певного виду покарання чи умовного засудження), яка максимально сприятиме виправленню, однак при цьому ж передбачатиме суспільний осуд такого діяння, а також чітке формулювання

[819] Ягунов Д. Загальна превенція як мета покарання (філософсько-правовий та кримінологічний аналіз). Там само. С. 88.

невідворотних негативних наслідків у разі повторного вчинення суспільно небезпечних діянь.

Крім того, для забезпечення повноти цього процесу, доцільно було б розглянути питання впливу на таку шкалу інших факторів, які можуть характеризувати обстановку, спосіб вчинення злочину, його наслідки, а також ключові відомості, які характеризують особу, що вчинила злочин. Так, наприклад, фактор рецидиву, очевидно, має зумовлювати збільшення прояву мети кари при одночасному зменшенні прояву мети виправлення. У свою чергу, така обставина, що пом'якшує покарання як щире каяття не може мати однаково істотного впливу при призначенні покарання за зґвалтування та за вчинення крадіжки вперше. Очевидно, що у другому із наведених, зазначена обставина повинна мати більш значний ефект.

Реалізація зазначеної концепції могла б дати поштовх протидії рецидивній злочинності, оскільки дані судової статистики свідчать про її значний відсоток. Так, зокрема, доцільно дослідити питання співвідношення покарань, які були призначені особам та фактом їх подальшого повторного вчинення суспільно небезпечних діянь. Крім того, це б дало змогу належними чином ревізувати результати поширеного застосування ст. 75 КК, а саме звільнення осіб від відбування покарання з випробуванням.

З-поміж іншого, у цьому контексті варто наголосити на проблемі неналежного мотивування судових рішень у кримінальних справах щодо обрання конкретного виду та розміру покарання. На сьогодні, судді, будучи фактично зв'язаними вимогами про призначення необхідного та достатнього покарання для виправлення особи, вирішуючи питання про певний вид покарання, обмежуються вказівкою на те, що, на їх думку, саме покарання у виді позбавлення волі, сприятиме виправленню особи.

У свою чергу, на наш погляд, якби на законодавчому рівні суд був наділений можливістю самостійно у кожному конкретному випадку визначати мету покарання, яка ним переслідується, та є пріоритетною саме стосовно певної особи, це б дало змогу спонукати суд більш ретельно обирати вид та розмір покарання, а також забезпечило б краще розуміння прийнятого рішення в цій частині.

Таким чином, поряд із розумним запереченням гарантованого досягнення цілей призначеним покаранням не слід, завдяки такому запереченню, стверджувати про повну неспроможність покарання таких цілей досягати у певних випадках. Водночас, якщо гарантовано досягати певних цілей, наприклад, виправлення особи, покарання не спроможне, то

чи раціонально, як це зробив законодавець, ставити в усіх випадках таке завдання перед суддею, який засуджує особу за вчинення злочину?

Враховуючи наведену вище аргументацію, пріоритетним завданням у цьому контексті слід ставити досягнення адекватності (пропорційності) покарання, яке призначається особі, із ступенем тяжкості злочину, за вчинення якого вона засуджується. Також доречним було б навести висновок Ю. В. Бауліна, який, досліджуючи тенденції розвитку сучасного кримінального права України, зазначає, що вже не існує суворої залежності між злочином і покаранням[820]. Це, на наш погляд, свідчить і про певний негатив у тенденціях розвитку і лише частково, а саме там, де це відповідає принципам гуманізму та економії кримінальної репресії, може вважатись надбанням правової системи, а не її недоліком. Отже, і у законі про кримінальну відповідальність замість положення, згідно з яким суддя має призначити необхідне та достатнє покарання для виправлення особи, слід закріпити норму, відповідно до якої суддя має обрати такий вид та розмір покарання, який відповідатиме ступеню тяжкості конкретного прояву злочинного діяння.

Схожий підхід запроваджено, наприклад, у правозастосовній практиці Польщі. С. Хипс, аналізуючи систему покарань цієї держави, зазначає, що виносячи вирок злочинцю, суд зобов'язаний керуватися загальними критеріями, які передбачені у ст. 53 КК, а саме критеріями: справедливість, індивідуальна профілактика та загальне попередження, без надання пріоритету будь-якому з цих видів. При цьому, основними характеристиками справедливого покарання, зазначає вчений є ступінь провини і ступінь суспільної небезпеки діяння[821].

У досліджуваному контексті потрібно при цьому відзначити, що підхід, який передбачає комбінацію цілей покарання та уповноваження суддів в межах своєї дискреції визначатись із такими цілями, які є пріоритетними у конкретному випадку критикується певними науковцями. Так, Е. Ешворт у цьому контексті зазначає, що такий підхід дає суддям свободу у визначенні політики і дозвіл на реалізацію своєї особистої каральної філософії, що є передумовою для істотної різниці покараннях через різницю у філософії з-поміж суддів[822].

---

[820] Баулін Ю. В. Тенденції розвитку сучасного кримінального права України. *Питання боротьби зі злочинністю* : зб. наук. пр. 2006. Вип. 12. Харків : Кроссроуд, 2006. С. 32.

[821] Хипс С. Система покарань за кримінальним правом Республіки Польща. *Право України*. № 9, 2011. С. 193.

[822] Ashworth A. Sentencing and Criminal Justice. 5th ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2010. С. 76–77.

Поділяючи певну раціональність наведеної тези, вважаємо, що таку пересторогу можливо подолати за умови створення механізму, спрямованого на формування вказівок із призначення покарання, а отже стабільністю судової практики.

До прийняття саме такого комбінованого підходу до визначення основних цілей покарання нас спонукає й аналіз правових позицій ЄСПЛ, який, хоча, з огляду на положення Конвенції, прямо не розглядає питання мети покарання і караності діянь, водночас опосередковано їх досліджує у контексті релевантних справ, які розглядаються через призму дотримання статей 3 та 7 ЄКПЛ. Насамперед це стосується рішень, пов'язаних із особливостями виконання покарання у виді довічного позбавлення волі. ЄСПЛ у рішеннях, присвячених цій проблематиці формулює позиції, згідно з якими, визнаючи прийнятність такого виду покарання, констатує обов'язок держави встановити умови, при дотриманні яких навіть особа, якій призначено покарання у виді довічного позбавлення волі, може порушувати питання про дострокове звільнення від відбування такого виду покарання. Так, у рішенні «*Vinter and others vs United Kingdom*» (Вінтер та інші проти Сполученого Королівства) сформульовано тезу, згідно з якою: «у європейському та міжнародному праві існує чітка підтримка принципу, згідно з яким, усім ув'язненим, у тому числі тим, які відбувають довічне позбавлення волі, має бути запропонована можливість реабілітації і можливість звільнення від покарання, якщо такої реабілітації досягнуто»[823].

Попри те, що таке рішення стосується етапу виконання покарання, а точніше правового механізму дострокового звільнення від відбування покарання з випробуванням, вважаємо за доцільне наголосити на приділенні ЄСПЛ уваги саме виправленню особи. Водночас реалізація цього аспекту, з огляду на такий підхід, має бути можливою і на етапі призначення покарання. Тобто це питання має належати до меж суддівської дискреції.

Водночас, крім того, у зазначеному рішенні (п. 108) ЄСПЛ сформулював й іншу надзвичайно важливу пенологічну тезу, наголосивши на тому, що порушення ст. 3 ЄКПЛ не матиме місця, якщо, наприклад, особа, якій призначене покарання у виді довічного позбавлення волі відповідно до національного законодавства мала право, але їй було відмовлено в реалізації цього права з тих підстав, що вона становить загрозу для суспільства. Такий підхід обґрунтовується тим, що держави відповідно

823

[823] Case of Vinter and Others v. the United Kingdom. Європейський суд з прав людини. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122664

до ЄКПЛ зобов'язані вживати заходів для захисту суспільства від насильницьких злочинів і ЄКПЛ не забороняє державам призначати особам, які вчинили тяжкі злочини та невизначених покарань, дозволяючи тривале позбавлення волі осіб, які вчинили злочини, якщо це необхідно для захисту суспільства.

При цьому, поряд із допустимістю вжиття таких заходів як фактично призначення безстрокових покарань у п. 115 цього рішення Суд зазначив, що поряд із тим як кара залишається однією із цілей покарання, перевага у Європейській каральній політиці належить реабілітаційній меті позбавлення волі, зокрема, в частині запобігання довготривалим ув'язненням. Саме тому, у контексті довічного позбавлення волі фактично сформульована позиція, згідно з якою навіть засуджена до такого виду покарання особа, може клопотати по її дострокове звільнення, базуючись на пенологічних підставах.

Важливо зазначити, що наша істотна увага цьому рішенню зумовлена тим, що воно, по-перше, прийняте Великою Палатою ЄСПЛ, а по-друге, попри те, що відповідна справа стосується лише конкретного питання, пов'язаною з реалізацією каральної політики держави, воно містить значну кількість загальних висновків, які пов'язані із питаннями караності суспільно небезпечних діянь.

У цілому сформульовані у відповідному рішенні позиції дають нам підстави для таких висновків. Насамперед, неналежна каральність діянь може зумовити констатацію порушення заборони катувань, а з іншого боку така неналежна каральність, яка призводить до того, що особи, які становлять загрозу для суспільства, реалізують таку загрозу, будучи неналежним чином покарані, може призвести до порушення державою своїх зобов'язань по захисту суспільства від насильницьких злочинів. Також акцентуємо увагу на тому, що реабілітаційний підхід, тобто реалізація мети виправлення особи, має здійснюватись відповідно до певних пенологічних підстав, тобто вона має бути обґрунтованою проведеним аналізом особливостей відбування покарання. Тобто, формування твердження про те, що особа виправилась та вважається такою, яка у подальшому не вчинить злочин має бути не інтуїтивним, а раціональним.

Таким чином, реалізація нашої пропозиції щодо зміни законодавчого підходу до визначення пріоритетної мети покарання, призведе до того, що при обранні виду та розміру покарання, основним критерієм буде саме адекватність (пропорційність), однак це, на наш погляд, не виключає й того, що в окремих випадках, суд, обґрунтувавши своє рішення може відійти від наведеного критерію, якщо цього вимагатиме конкретна ситуація. У цьому контексті, на нашу думку, необхідно

запозичити досвід держав, які допускають можливість відійти від адекватності (пропорційності), якщо суд вважатиме, що у певному випадку більш м'яке або більш суворе покарання сприятиме, відповідно, виправленню особи, або якщо цього вимагатимуть інтереси захисту суспільства[824].

Визначення мети покарання за злочин дасть поштовх для дискусії щодо ревізування санкцій усіх статей Особливої частини КК на предмет адекватності між злочином і карою.

Але цього недостатньо. Важливо також забезпечити існування механізмів, які дадуть змогу судам в межах визначеної в санкціях дискреції забезпечувати уніфіковані підходи до призначення покарань за конкретні злочини.

На наш погляд, основними завданнями, без вирішення яких не вдасться здійснити якісного розвитку інституту призначення покарання, є забезпечення єдності судової практики призначення покарання за подібні у правовому сенсі злочинні діяння, досягнення пропорційності між ступенем тяжкості злочину та покаранням, яке за нього призначається, а також пропорційності покарань, що призначаються за різні види злочинів. Не варто також залишати поза увагою завдання, згідно з яким має бути подолана практика, яка допускає необґрунтовану (невиправдану) різницю в покараннях за злочини, що вчинені за подібних у юридичному сенсі обставин.

На сьогодні законодавство і правова система, які в сукупності становлять собою систему кримінальної юстиції, сфокусовані на забезпеченні законності й подекуди верховенства права в межах одного взятого провадження: у межах цього провадження забезпечується змагальність, рівність сторін, свобода в поданні ними доказів, заперечність, гласність та відкритість, права апеляційного й касаційного оскарження. Основною метою цього процесу є забезпечення загальновизнаних процесуальних стандартів, у тому числі фундаментального права на захист, та забезпечення правильного застосування норм матеріального права, насамперед правової кваліфікації та інших законодавчих положень, пов'язаних із правовою оцінкою діяння. У межах цього процесу також здійснюється перевірка того, чи не є призначене в межах цього провадження покарання занадто м'яким або занадто суворим.

Водночас висновок щодо м'якості та суворості здійснюється з огляду на розсуд судді суду першої інстанції, у подальшому — на розсуд суддів

[824] Бабанли Р. Ш. До питання про мету покарання, яка має бути визначальною при його призначенні. *Часопис цивільного і кримінального судочинства.* 2017. № 4 (37). С. 154.

судів апеляційної та касаційної інстанції. Система кримінальної юстиції побудована таким чином, що ґрунтувати своє рішення про справедливість призначеного покарання суддя може лише на матеріалах цього ж кримінального провадження.

Однак, на нашу думку, належне виконання цього завдання в такий спосіб є апріорі неможливим з огляду на багатоаспектність засади справедливості, а також враховуючи те, що сформувати визначення відносно її дотримання можливо лише в умовах порівняння одного покарання з іншими. Уже було сказано, що несправедливим вважатиметься призначення більш суворого покарання особі, яка вчинила менш тяжке діяння. Якщо оцінювати призначення покарання в кожному із таких випадків, то можна знайти раціональне обґрунтування розміру кожного із них, наприклад в одному випадку суддя в межах санкції від 7 до 15 років призначив покарання у вигляді позбавлення волі строком на 10 років, а в іншому — 8 років. Однак, якщо порівняти ці покарання, то може виявитися, що у другому випадку (призначення більш м'якого покарання) цей самий злочин вчинено особою, яка до цього неодноразово засуджувалася, злочинному діянню характерна відсутність пом'якшуючих та наявність обтяжуючих обставин, а порівняння ступенів тяжкості цих злочинів, свідчить про те, що він є більш тяжким. Натомість у першому випадку особа вчинила злочин уперше, і її діянням притаманні певні обставини, які пом'якшують покарання.

Проте, попри свою очевидну важливість, такий підхід до вирішення питання караності діянь, взагалі не враховують під час здійснення каральної політики держави. Наша позиція полягає не в тому, щоб судді зобов'язані були порівнювати покарання із покараннями, призначеними в аналогічних випадках.

Натомість, таку діяльність у загальнодержавному масштабі має здійснювати спеціально створена для таких цілей інституція, і за результатами такої діяльності має забезпечуватися формування висновків та рекомендацій, які б звели до мінімуму наведені вище негативні прояви.

Висновки. Пеналізація та депеналізація є важливою сферою кримінально-правової політики, яка вимагає істотного переосмислення як в частині критеріїв, які покладаються в основу меж караності кримінальних правопорушень, так і в частині світоглядних, засадничих аспектів визначення мети і цілей покарання.

Від переосмислення такої мети залежатиме уся система санкцій статей Особливої частини Кримінального кодексу України, а також обрання конкретного виду покарання суддею за конкретний злочин.

Якби на законодавчому рівні суд був наділений можливістю самостійно у кожному конкретному випадку визначати мету покарання, яка ним переслідується, та є пріоритетною саме стосовно певної особи, це б дало змогу спонукати суд більш ретельно обирати вид та розмір покарання, а також забезпечило б краще розуміння прийнятого рішення в цій частині.

Загалом, зміна засад пеналізації та депеналізації має відбуватись на двох рівнях — законодавчому і правозастосовному. При цьому, на законодавчому рівні має бути запроваджено специфічний механізм керівництв з призначення покарання, які сприятимуть подоланню проблеми необґрунтованої різниці в покараннях.

Розділ 10. ОНОВЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ГЕНДЕРНІ СТУДІЇ ТА СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО

Олена ХАРИТОНОВА,
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри кримінального права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9438-4575

Анотація. Розділ присвячено комплексному аналізу оновлення кримінального законодавства України крізь призму гендерних студій та сучасного розуміння сексуального насильства як особливо чутливої форми порушення прав людини. У центрі дослідження — трансформація правових підходів від біологічного та патерналістського розуміння сексуальності до концепції сексуальної автономії та добровільної згоди як визначального критерію правомірності сексуальної взаємодії. Проаналізовано етапи нормативних змін — від прийняття Кримінального кодексу 2001 р. до ратифікації Стамбульської конвенції у 2022 р., а також їхній вплив на правозастосовну практику. Розглянуто суперечності у класифікації сексуальних кримінальних правопорушень, проблематику тілесної інвазивності, вікових критеріїв згоди, нестачі узгодженості санкцій та специфіку захисту неповнолітніх і малолітніх осіб. Окрему увагу приділено викликам, пов'язаним із сексуальним насильством у контексті збройного конфлікту, цифровим формам сексуального насильства, сексуальним домаганням і сталкінгу та їх місцю у системі правових інструментів реагування на гендерно зумовлене насильство. Підкреслюється важливість поступового впровадження сучасних підходів до правозастосування, що враховують потреби постраждалих, зумовлені структурними гендерними нерівностями, контекстуальні чинники та міжнародні стандарти. Обґрунтовано доцільність оновлення структури Особливої частини КК із фокусом на захист сексуальної автономії людини як базового правового принципу.

Ключові слова: сексуальне насильство, статеві злочини, гендер, гендерно зумовлене насильство, сексуальні кримінальні правопорушення, згвалтування, добровільна згода, сексуальна автономія, Стамбульська конвенція

Olena KHARYTONOVA,

UPDATE OF CRIMINAL LEGISLATION: GENDER STUDIES AND SEXUAL VIOLENCE

Abstract. This chapter offers a comprehensive analysis of the reform of Ukraine's criminal legislation through the lens of gender studies and contemporary understandings of sexual violence as a particularly sensitive form of human rights violation. The research focuses on the shift from biologically determined and paternalistic legal conceptions of sexuality toward a framework centred on sexual autonomy and the notion of affirmative consent as a key criterion for the legality of sexual interaction. The study traces the major stages of normative transformation — from the adoption of the 2001 Criminal Code of Ukraine to the ratification of the Istanbul Convention in 2022 — and examines their impact on legal practice. Particular attention is paid to persistent inconsistencies in the classification of sexual offences, the problem of bodily invasiveness, the legal age of consent, the lack of coherence in sanctioning, and the specificities of protecting minors and children. The chapter further addresses emerging challenges related to conflict-related sexual violence, digital forms of sexual abuse, sexual harassment and stalking, and their legal qualification within the broader system of responses to gender-based violence. The importance of gradually integrating modern legal approaches that consider the needs of survivors, structural gender inequalities, contextual vulnerabilities, and international standards is emphasized. The chapter argues for a substantive revision of the structure of the Criminal Code's Special Part, with a shift of focus towards the protection of sexual autonomy as a fundamental legal principle.

Key words: sexual violence, sexual crimes, gender, gender-based violence, sexual criminal offenses, rape, voluntary consent, sexual autonomy, Istanbul Convention.

Сучасні суспільства є глибоко гендерованими, тобто організованими за принципами, що відображають та відтворюють історично закріплені моделі гендерної ієрархії та владних дисбалансів між жінками і чоловіками. Гендер, як перформативний соціальний конструкт, що відображає соціальне існування статі, впливає не лише на особисту ідентичність чи міжособистісні відносини, але й пронизує всі ключові соціальні інститути, зокрема політичні та правові. У таких умовах неупередженість та універсальність права піддаються критичному підваженню, адже право

як соціальний феномен потенційно здатне відтворювати ті самі структурні асиметрії, що притаманні ширшому соціальному контексту. Саме тому аналіз кримінального законодавства крізь призму гендерних студій дозволяє побачити приховані механізми збереження нерівностей та осмислювати процес оновлення законодавства з урахуванням цієї критичної перспективи.

Серед гендерно сенситивних тем особливо чутливою і складною сферою правового регулювання є протидія сексуальному насильству. Ця категорія кримінальних правопорушень має глибоко специфічну природу, пов'язану з інтимною стороною людського буття, сексуальністю, індивідуальною автономією та психологічною вразливістю. Сексуальне насильство — це глибока форма вторгнення в особистісний простір людини, яка залишає тривалі наслідки як на індивідуальному рівні (психологічному, фізичному, соціальному), так і на структурному рівні суспільства і окремих спільнот. Коли сексуальні кримінальні правопорушення опиняються в полі правового регулювання, вони неминуче вступають у взаємодію з панівними соціальними уявленнями, стереотипами, нормами — і саме тут проявляється ризик юридизації гендерних упереджень.

Юридичні механізми та інструменти, покликані захищати постраждалих від сексуального насильства і забезпечувати справедливість, нерідко перетворюються на джерело вторинної віктимізації через патріархальну візію конструювання певних правових норм, надмірну увагу до поведінки жертви або її «морального обличчя». Нерідко представники системи кримінальної юстиції застосовують до постраждалої особи морально обумовлений стандарт «типової» поведінки, а не правовий стандарт, що ґрунтується на правах людини. У результаті право не лише не долає соціальні стереотипи, а закріплює їх, створюючи умови для ескалації насильства і подальшого зміцнення структурних гендерних нерівностей. Саме в цій сфері проявляється глибинна взаємодія між владними відносинами, гендерними уявленнями та правовими нормами.

З цієї перспективи оновлення кримінального законодавства, спрямоване на ефективну протидію сексуальному насильству, не може бути суто формальним техніко-юридичним процесом. Воно потребує осмислення правових приписів та гендерних структур, у них відображених, вимагає розуміння природи владних соціальних дисбалансів, а також глибокого аналізу еволюції трансформацій, що відбуваються як у цій сфері законодавчої і правозастосовної практики, так і в суспільстві загалом. Крізь призму реформування правових підходів до протидії сек-

суальному насильству можна побачити закономірності змін і сформувати нову гендерно чутливу оптику, яка дозволить усвідомити актуальні виклики і запропонувати шляхи відповідей на них.

1. Трансформація уявлень про сексуальне насильство в кримінальному праві України на початку доби незалежності

1.1. Кримінальний кодекс України 2001 р. і розвиток вчення про об'єкт статевих злочинів

З відновленням незалежності України і зміною конституційного балансу соціальних та політичних сил суттєвого імпульсу оновлення зазнали процеси правотворення. Серед них значущою віхою було прийняття у 2001 р. КК, адже кримінально-правові інструменти є як найбільшою маніфестацією примусової сили держави, так і суттєвим стримуючим фактором злочинних посягань і показником ключових цінностей того чи іншого суспільства. З цієї точки зору кримінально-правове регулювання питань сексуальних злочинних посягань виступає маркером нових владних конфігурацій та певним мірилом не тільки сексуальної, а і загалом особистої свободи людини. В цьому плані прикметно, що після проголошення незалежності України в грудні 1991 р. з КК 1960 р. була виключена стаття «Мужолозтво», що передбачала кримінальну відповідальність за добровільні гомосексуальні стосунки між чоловіками.

На момент набуття чинності КК 2001 р. містив розділ IV Особливої частини «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи». До його змісту були віднесені: згвалтування (ст. 152 КК), задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 153 КК), примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154 КК), статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155 КК), розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК). На тому етапі розвитку кримінального законодавства дискусія навколо родового об'єкту даних злочинів була нормативно вирішена таким чином, що інші злочини, які стосуються сфери сексуальних відносин, — зокрема, ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів (ст. 301 КК), створення або утримання місць розпусти і звідництво (ст. 302 КК), проституція або примушування чи втягнення до заняття проституцією (пізніше сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією (ст. 303 КК) — були

віднесені до кримінально караних посягань на моральність. Цікаво, що у КК УСРР 1922 р. норми про відповідальність за примушування до заняття проституцією, звідництво і утримання домів розпусти, вербування жінок для проституції містилися у розділі «Злочини в сфері статевих відносин». Пізніше О. М. Джужа у роботі «Запобігання злочинам, що пов'язані з сексуальним насильством» пропонував перенести ст. 301, 302, 303 КК до розділу IV Особливої частини КК 2001 р., змінивши його назву на «Злочини проти статевої волі і моральності»[825]. Проєкт нового КК, який з 2019 р. розробляється робочою групою з питань правової реформи при Президенті України, знову актуалізував дискусії щодо класифікації та назви розділів, пов'язаних з посяганнями на сексуальність та моральність. Так, в редакції проєкту від 29 березня 2021 р., відповідний розділ КК мав назву «Злочини проти статевої свободи, статевої недоторканості та статевої моральності»[826]. Видається, що ці повторювані спроби пов'язати сфери сексуальності і моральності є відлунням самої конституційної будови суспільства як суспільства гендерованого, де владні відносини між статями зумовлюють структуру і функціонування даного суспільства, і де контроль за сексуальністю інтегрується в контроль за моральністю і забезпечує саме функціонування публічної сфери і публічного порядку.

Не менш важливим аспектом для розуміння еволюції доктринальних уявлень про об'єкт кримінально-правової охорони є аналіз підходів українських науковців до визначення понять «статева свобода» і «статева недоторканість». Так, Л. В. Дорош під статевою свободою розуміє право особи на самовизначення у сфері статевих відносин, тобто її реальну можливість вступати в добровільне сексуальне спілкування з обраним партнером у будь-який час і в будь-якій сексуально-прийнятній формі за умови, що воно не суперечить нормативно-правовим приписам щодо охорони особи та громадського порядку. Статева недоторканість у свою чергу, на її думку, передбачає неприпустимість сексуального спілкування з дітьми, які не досягли статевої зрілості, та особами, які внаслідок хворобливого психічного стану не усвідомлюють наслідків та соціального значення такого

826

[825] Джужа О. М. Запобігання злочинам, що пов'язані з сексуальним насильством : Монографія. Київ : Атіка, 2009. 240 с.

[826] Текст проєкту нового Кримінального кодексу. URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/03/30/kontrolnyj-proekt-kk-29-03-2021-1.pdf

спілкування[827]. З Л. В. Дорош полемізує проф. О. О. Дудоров, який підкреслює, що не завжди на неповнолітніх не поширюється питання статевої свободи (наприклад, в разі, якщо неповноліття особа в судовому порядку отримує право на шлюб до досягнення встановленого цивільним законодавством віку); тому, на думку дослідника, доцільніше говорити, що статева недоторканість — це право особи не зазнавати сексуального насильства, право на захищеність від статевих посягань (пасивне право), у той час як статева свобода (активне право) — це право на вибір статевих партнерів і не заборонених законом форм сексуального задоволення[828]. Ширше розглядають статеву недоторканість Г. Я. Мартинишин[829] і В. Ю. Омецинська[830], які вважають, що кримінально-правовими нормами, спрямованими на охорону статевої недоторканості дитини, є норми, передбачені чч. 2, 3 ст. 149, чч. 3, 4 ст. 152, чч. 2, 3 ст. 153, ст. 155, ст. 156, ч. 4 ст. 301, ч. 3 ст. 302, чч. 3, 4 ст. 303 КК. В цій ситуації помітним стає прагнення охопити в рамках однієї концепції діяння, що підлягають криміналізації у зв'язку з вимогами конвенцій, які становлять так звану «гендерну парасолю» Ради Європи, а саме йдеться про Ланцаротську конвенцію, Конвенцію про протидію торгівлі людьми та Стамбульську конвенцію. Хоча це прямо не заявлялося авторами, тим не менш, сама логіка імплементації конвенцій, ключовими центрами яких є гендерна зумовленість насильства, змушує бачити цю пов'язаність і зумовлює ширшу візію у питаннях визначення об'єктів таких кримінальних правопорушень.

Значущою особливістю кримінально-правового регулювання, запропонованого з прийняттям КК 2001 р., стало також і те, що потерпілими від даних злочинів були визнані особи будь-якої статі, на відміну

---

[827] Дорош Л. В. Статева недоторканість особи та її кримінально-правова охорона [Текст] / Л. В. Дорош // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. / ред. кол. : Ю. В. Баулін (голов. ред.) та ін. Харків : Кроссроуд, 2007. Вип. 14. С. 67–75.

[828] Кримінальне право. Особлива частина : підручник : у 2 т. / за ред. : О. О. Дудоров, Є. О. Письменський. Луганськ : Елтон-2, 2012. Т. 1. С. 160.

[829] Мартинишин Г.Я. Статева недоторканість як об'єкт кримінально-правової охорони в Україні : Автореф дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. : спец. 12.00.08. «Кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право» / Г. Я. Мартинишин. Львів, 2018. 20 с.

[830] Омецинська В. Ю. Кримінально-правова охорона статевої свободи та статевої недоторканості дитини : Автореф дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. : спец. 12.00.08. «Кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право» / В. Ю. Омецинська. Львів, 2019. 20 с.

від попереднього регулювання. Дослідники підкреслювали цінність нової позиції законодавця, згідно якій потерпілі від даних посягань охороняються універсально[831], хоча серед криміналістів лунали і голоси, які заперечували визнання чоловіків потерпілими від згвалтування[832]. Складнощі у практичному застосуванні викликав також підхід, згідно з яким потерпілою особою у ст. 155 КК була названа особа, «яка не досягла статевої зрілості». О. О. Дудоров на той період розвитку кримінального законодавства підкреслював слушність ідеї встановити віковий критерій для визначення потерпілого від даного злочину, сприйнятий практично повсюдно у світі[833]. С. В. Чмут обгрунтовував положення, що такою потерпілою особою слід визнавати особу, яка не досягла шлюбного віку[834]. За твердженням проф. О. О. Дудорова, така позиція призвела б до надмірної криміналізації статевого життя молоді. Думається, що саме брак гендерної оптики в аналізі даних питань спричиняв ускладнення у розумінні важливих аспектів конструювання фемінності, маскулінності, причин гендерно зумовленого насильства і протидії йому.

1.2. Наукова полеміка щодо характеристик об'єктивної сторони згвалтування та значення згоди потерпілої особи

Відбитком нормативного контролю за тілесністю і сексуальністю людини було конструювання згвалтування як вагінального проникнення і

---

[831] Крючкова О. Згвалтування особи чоловічої статі в контексті ст. 152 КК України: аргументи за і проти // Наше право. 2010. № 4 (ч. 2). С. 94–100 ; Максимович Р. Л. Спірні позиції Верховного Суду України з питань відповідальності за злочини проти статевої свободи і статевої недоторканості особи // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. 2009. № 3. С. 203; Москаль Д. П. Кримінально-правова характеристика згвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом : Дис. … канд. юрид. наук. К., 2009 ; Хавронюк М. І. Відповідальність за згвалтування: в Україні і за кордоном // Право і суспільство. 2009. № 3. С. 85.

[832] Куц В. М., Дишлєвой О. В. Медико-правові аспекти криміналізації згвалтування особи чоловічої статі // Кримінальне право. 2006. № 2. С. 53–61; Котюк І. І., Костенко О. М. Кримінальне, кримінально-процесуальне та кримінально-виконавче право України: Гендерна експертиза. Київ : Логос, 2004. С. 72–73 ; Шеремет А. П. Злочини проти статевої свободи : Монографія. Чернівці : ТОВ Видавництво «Наші книги», 2007. С. 27

[833] Кримінальне право. Особлива частина: підручник : у 2 т. / за ред. : О. О. Дудоров, Є. О. Письменський. Луганськ : Елтон-2, 2012. Т. 1. С. 209.

[834] Чмут С. В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягда статевої зрілості : дис. … канд. юрид. наук. Запоріжжя, 2010. С. 83–89.

віднесення до задоволення статевої пристрасті неприродним способом всіх інших невагінальних варіантів сексуальної взаємодії. Вочевидь, тут спостерігався погляд на сексуальність лише у біологічному розумінні, в основі якої лежить репродуктивна функція, при цьому соціальні аспекти сексуальності залишалися поза фокусом уваги.

Доволі інтенсивна полеміка точилася навколо змісту законодавчо визначених способів як ознак об'єктивної сторони згвалтування та задоволення статевої пристрасті неприродним способом: із застосуванням фізичного насильства, погрози, або з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Значна увага приділялася питанням співвідношення фізичного насильства та опору потерпілої особи. Так, М. М. Корчовий ставив фізичне насильство як спосіб згвалтування у залежність від опору[835]. Цей його підхід був обгрунтовано критикований Л. П. Брич, яка, спираючись на практику ЄСПЛ, послідовно відстоювала позицію, що наявність складу злочину не пов'язана з фактом та інтенсивністю опору[836]. Стосовно психічного насильства О. М. Храмцов наголошував[837], що психічна погроза при згвалтуванні, спрямована у майбутнє, може бути не менш дієвою, ніж погроза негайного застосування насильства. В більшості доктринальні підходи того періоду зосереджувалися на необхідності акцентуації принципового моменту, що важливим для правильної кваліфікації злочинного посягання є не опір, а відсутність згоди на статеві відносини. Подібну точку зору розділяли В. І. Борисов, Л. В. Дорош[838], О. О. Дудоров[839], А. С. Лукаш[840]. Попри складні виклики правозастосовної практики, де гендерні стереотипи і упередження все

[835] Корчовий М. М. Фізичне насильство при зґвалтуваннях: кримінально-правовий та кримінологічний аспекти / М. М. Корчовий // Вісник національної Академії внутрішніх справ України. 1998. Вип. 4. С. 103–108.

[836] Брич Л. П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України : монографія / Л. П. Брич. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. 84 с.

[837] Храмцов О. М. Насильство в статевих злочинах: поняття, ознаки, кваліфікація. Часопис з юридичних наук. 2014. URL: https://periodicals.karazin.ua/jls/article/view/1682

837

[838] Борисов В. І., Дорош Л. В. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (коментар законодавства) / В. І. Борисов, Л. В. Дорош // Форум права. 2006. № 1. С. 4-15

[839] Дудоров О. О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи : науково-практичний посібник / О. О. Дудоров. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2011. 352 с.

[840] Лукаш А. С. Згвалтування: кримінологічна характеристика, детермінація та їх попередження : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08. Х., 2007. 19 с.

ще концентрувалися на образі «ідеальної жертви» згвалтування, яка жваво відбивається від сексуальних атак, в наукових колах доволі послідовно визрівала позиція необхідності зафіксувати на нормативному рівні концепт «добровільної згоди», за відсутності якої будь-яка сексуальна взаємодія є протиправною.

1.3. Проблемні правові питання кваліфікуючих ознак згвалтування та класифікації статевих злочинів

Складними питаннями також були і питання кваліфікуючих ознак згвалтування, зокрема, згвалтування неповнолітніх і малолітніх осіб та психічне ставлення винної особи до даних ознак. Деякі автори висували думку, що ставлення у вину кваліфікуючих (особливо кваліфікуючих) ознак, що відбивають особливі якості потерпілої особи, можливе тільки при достовірному знанні винним про ці якості або за наявності об'єктивних відомостей (даних), що явно на них вказують[841]. В той же час, оскільки у законі відсутня вказівка на завідомість, відображення у психіці суб'єкта ознак потерпілого може бути троїстим: усвідомлення цієї ознаки, усвідомлення її наявності, неусвідомлення, але за умови, що винний міг і повинен був усвідомлювати[842].

Позиція законодавства і судової практики (ППВСУ № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» від 30.05.2008), що згвалтування, вчинене групою осіб, не може мати місця там, де лише одна особа володіє ознаками суб'єкта злочину, а інші не володіють цими ознаками, піддавалася критичному осмисленню деякими авторами. Так, наприклад, Л. П. Брич та О. О. Дудоров зауважували, що суспільна небезпека згвалтування, вчиненого групою осіб, в якій лише один учасник володіє ознаками суб'єкта, є не нижчою, ніж суспільна небезпека згвалтування, де всі учасники відповідають ознакам суб'єкта. Тому вони пропонували враховувати це у подальшому реформуванні кримінального законодавства встановленням доповнення «вчинення згвалтування спільно з особами, які не є

[841] Кримінальна відповідальність за ґвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом : монографія / А. В. Савченко, В. В. Кузнецов, Д. П. Москаль, М. В. Сийплокі ; за заг. ред. д.ю.н., проф. О. М. Джужи. Ужгород : ТОВ «ІВА», 2012. 272 с. ; Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за згвалтування (порівняльно-правовий аналіз) : Автореф дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. : спец. 12.00.08. «Кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право» / Т. Д. Лисько. К., 2008. 20 с.

[842] Теоретичні проблеми кримінальної відповідальності // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. Вип. 15 / Ред. кол. Ю. В. Баулін (голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2008. С. 24–25.

суб'єктами»[843]. Видається, що така ідея більшою мірою враховує постраждало-орієнтований підхід і підкреслює характер і ступінь шкоди, заподіяної потерпілій особі, а також може впливати на належну оцінку ризиків.

Доволі актуальним у науковому пошуку довгий час залишалося і питання класифікації статевих злочинів на насильницькі/ненасильницькі. Зокрема, К. М. Плутицька у своєму дослідженні артикулювала проблематику віднесення складу примушування до вступу у статевий зв'язок до насильницьких чи ненасильницьких злочинів[844]. Видається, що у пошуку аргументів дослідниці бракувало більш системного аналізу еволюції підходів до питань розуміння змісту діянь, що являють собою сексуальне насильство, починаючи від поворотного рішення ЄСПЛ у справі «М.С. проти Болгарії» від 04.12.2003, де суд чітко сформував підхід, що відсутність добровільних і консенсуальних дій з боку потерпілої особи є порушенням принципу сексуальної автономії, до аналізу змісту Стамбульської конвенції 2011 р., де автори також відійшли від «підходу, заснованого на силі», і сконцентрувалися на концепції більш широкого розуміння сексуального насильства, яким є залученість до сексуальних актів без вільно вираженої добровільної згоди в контексті навколишніх обставин (ст. 36 Конвенції).

Зазначені у цьому розділі проблемні питання стали предметом суттєвого переосмислення під час циклу законодавчих реформ, що розпочалися у 2017 році із прийняттям низки національних законів, покликаних імплементувати підходи Стамбульської конвенції 2011 р. до протидії гендерно зумовленому насильству, і тривають донині, отримавши значний імпульс після її ратифікації Україною у 2022 р. Кардинальні зміни у правовому регулюванні в сфері захисту сексуальної автономії людини вирішили немало питань, які дискутувалися у національній кримінально-доктрині та виникали у правозастосуванні в сфері кримінального права[845]. Проте, в той же час, ці реформи породили і багато нових проблем, які очікують на своє вирішення.

---

[843] Кримінальне право. Особлива частина : підручник : у 2 т. / за ред. : О. О. Дудоров, Є. О. Письменський. Луганськ : Елтон-2, 2012. Т. 1. С. 194.

[844] Плутицька К. М. Запобігання примушуванню до вступу у статевий зв'язок / Автореф дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. : спец. 12.00.08. «Кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче право» / К. М. Плутицька. З., 2016. 22 с.

[845] Більше див. : Дудоров О. О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики) : практ. порадник / О. О. Дудоров. Сєвєродонецьк : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2018. 92 с. ; Харитонова О. В. Гендерний мейнстримінг у кримінальному праві України: основні акценти реформ у сфері протидії сексуальним злочинам // Порівняльно-аналітичне право, 2020. № 2. С. 175–180.

2. Шлях до ратифікації Стамбульської конвенції та його вплив на сучасний стан кримінального законодавства щодо сексуального насильства

2.1. Політико-нормативна площина сучасних реформ

Розділ IV Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» станом на 15 вересня 2025 р. має таку структуру: згвалтування (ст. 152 КК), сексуальне насильство (ст. 153 КК), примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154 КК), вчинення дій сексуального характеру з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку (ст. 155 КК), розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК), домагання дитини для сексуальних цілей (ст. 156[1] КК).

Реформи, присвячені впровадженню гендерних політик у національний кримінально-правовий простір, до ратифікації Стамбульської конвенції реалізовувалися за допомогою таких законів:

– Закон № 2229-VIII «Про запобігання та протидію домашньому насильству» від 07.12.2017.

– Закон № 2866-IV «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 08.09.2005.

– Закон № 2227-VIII «Про внесення змін до деяких законів України у зв'язку з ратифікацією Конвенції РЄ про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» від 06.12.2017.

– Закон № 2334-VIII «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації» від 14.03.2018.

– Закон № 409-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впровадження Єдиного реєстру осіб, засуджених за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості малолітньої особи, та посилення відповідальності за злочини, вчинені проти статевої свободи та статевої недоторканості малолітньої особи» від 19.12.2019.

– Закон №1256-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Ланцаротської конвенції) від 18.02.2021[846].

[846] Окрім того, необхідно мати на увазі ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 17.06.2020 р. щодо двочленної класифікації кримінальних правопорушень.

Прийняття законів 2017 р. в рамках цього циклу реформ стало результатом політичного компромісу між прихильниками ратифікації Стамбульської конвенції і консервативними політичними силами, які пригальмували процес ратифікації, проте зрештою згодилися на прийняття даних національних законів за умови, що з тексту буде виключене слово «гендер», а «гендерно зумовлене насильство» буде замінене на «насильство за ознакою статі». Згодом ця нормативна основа, яку навіть можна було умовно назвати «квазі-ратифікацією» Стамбульської конвенції[847], створила поживний грунт для процесу її ратифікації. Прийнятий ВРУ Закон № 2319-IX «Про ратифікацію Конвенції РЄ про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами» від 20.06.2022 р. надав нової динаміки комплексній імплементації в Україні міжнародних стандартів захисту від гендерно зумовленого насильства. З моменту ратифікації конвенції і набуття нею 01.11.2022 чинності для України гендерний мейнстримінг став не лише національною політикою, він є частиною конфігурації сучасних міжнародних політик, міжнародним зобов'язанням України, заснованим на фундаментальній передумові міжнародного правопорядку «*pactum sunt servanda*» — «договори повинні виконуватися». Окрім того, важливий ресурс, отриманий Україною після ратифікації — це взаємодія з *GREVIO* (*Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence*) — групою експертів з протидії насильству щодо жінок і домашньому насильству, діяльність якого забезпечує моніторинговий механізм виконання Стамбульської конвенції[848].

Стамбульська конвенція характеризується декількома значущими засадами, серед яких важливе місце посідає принцип найвищого рівня захисту жертв гендерно зумовленого насильства (*highest level of protection*), який вона забезпечує. В цьому аспекті окремої уваги потребує питання захисту від сексуального насильства, адже саме воно є одним з найбільш інвазивних втручань, що атакує людську гідність, характеризується високим рівнем психосоціальної стигматизації та ризиками ретравматизації жертв/вцілілих, значною латентністю, великим відсотком «втрати» справ на шляху від досудового слідства до кінцевого юридичного рішення у справі.

847

848

[847] Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention), Istanbul, 11 May 2011. Available at: https://rm.coe.int/168046031c

[848] About GREVIO — Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence. URL: https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio

Аналіз реформ у сфері сексуальних кримінальних правопорушень (які є різновидом гендерно зумовленого насильства), свідчить, що центральними акцентами перебудови правової рамки регулювання у цій сфері є такі[849]:

– сексуальна автономія людини, добровільність і комунікативний характер згоди мають ключове значення для встановлення правомірності/кримінальної протиправності сексуальної поведінки

– нові законодавчі підходи до класифікації кримінальних правопорушень проти сексуальної автономії угрунтовані в диференціації способів сексуальних атак

– важливим аспектом реформ є захист найбільш уразливих до сексуального насильства та сексуальної експлуатації осіб.

2.2. Сексуальна автономія людини та її роль у протидії сексуальному насильству

Важливо відзначити, що раніше існуюча практика виокремлення насильницьких/ненасильницьких статевих злочинів, коли тлумачення насильства пов'язувалося з аналізом «опору» потерпілої особи, визнана неактуальною. Сексуальне насильство тлумачиться більш широко — як ігнорування чи посягання на сексуальну автономію індивіда. Сексуальна автономія особи стає центром, навколо якого розгортається аналіз ознак складу кримінального правопорушення. Подальше впровадження пропонованих Стамбульською конвенцією стандартів захисту від сексуального насильства потребує перегляду світоглядних підходів, що лежать в основі конструювання законодавчих інструментів реагування на сексуальне насильство. Так, зокрема, існуюча назва розділу IV Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» вимагає оновлення, яке передбачатиме серйозне перефокусування політико-правових стратегій протидії сексуальному насильству. Видається необхідним обговорити можливість законодавчо зафіксувати підхід, відповідно до якого головним об'єктом сексуальних кримінальних правопорушень є сексуальна автономія людини.

849

[849] Більше див. : Харитонова О. В. Ключові засади гендерної політики в кримінальному праві України та основні напрями реформ щодо протидії насильству стосовно жінок та домашньому насильству. Науково-практичний посібник / О. В. Харитонова. Харків : ТОВ «Видавництво „Права людини“», 2018. 344 с. URL: https://www.academia.edu/67967432/Ключові_засади_гендерної_політики_в_кримінальному_праві_України_та_основні_напрями_реформ_щодо_протидії_насильству_стосовно_жінок_та_домашньому_насильству

Сексуальна автономія — це концепт, що пов'язує сексуальність та свободу. Сексуальна свобода є необхідною умовою сексуальної автономії. Окреслення на конституційному рівні євроінтеграційних та євроатлантичних прагнень України підкреслює значущість концепту автономії, який є фундаментальним для усіх сучасних ліберальних демократій. Автономія походить від грецьких слів *autos* (сам) та *nomos* (закон). У широкому значенні це означає бути автором власного закону у своїх думках і діях. Автономія — це маркер, який свідчить, що людина здатна до самовизначення та самоврядування, здійснює владу над власними рішеннями. Це ідеал, якого, наприклад, люди радянської епохи були навмисно позбавлені. Саме тому, здобувши свободу, але не маючи досвіду автономії, деякі з них не можуть скористатися можливостями, які дарує свобода, обтяжені нею та прагнуть повернутися до патерналістських зразків буття, коли хтось вирішує, як людині жити, що робити і навіщо.

Індивідуальна автономія встановлює межі для легітимних дій держави: вона породжує негативні зобов'язання невтручання в автономне самовизначення та самоврядування людини і позитивні зобов'язання втручання, коли цьому самовизначенню чи самоврядуванню загрожує небезпека. Саме завдяки ідеї автономії патерналістські щупальця державного втручання історично були суттєво обмежені.

Головна цінність автономії — розуміння індивідом своїх кордонів та кордонів Іншого — надзвичайно вагома, і, власне, саме вона робить стійкими зміни, досягнуті сексуальною революцією. Згода як прийняття вторгнення Іншого в межі своєї автономії та незгода як заборона на таке вторгнення — це вирішальна річ.

Відколи змінилися методи та критерії державного і соціального контролю над індивідуальною автономією загалом та сексуальною автономією зокрема (як однією зі сфер, де найбільш гостро виникають дані питання), стало помітно, що, хоча в ліберальних демократичних суспільствах ніхто не нав'язує чи не забороняє ті або інші сексуальні техніки, сексуальну орієнтацію, інші прояви сексуальності, натомість, різко зросли нормативні правові вимоги до рівня добровільності сексуальних дій. У цьому сенсі зв'язка «сексуальна автономія — добровільна згода» є вкрай важливою та загальновизнаною на рівні найкращих міжнародних стандартів і практик протидії сексуальному насильству.

Добровільна згода як прояв особистої сексуальної автономії є наріжним каменем при конструюванні правових механізмів захисту від сексуального насильства (в юриспруденції ЄСПЛ ключове рішення з цього

питання — «М.С. проти Болгарії»[850], де Суд використовує цю концептуалізацію та термінологію — *sexual autonomy and voluntary consent* (сексуальна автономія і добровільна згода). Саме це рішення, як вже згадувалося, стало поворотним, відкривши пласт практики Суду, пов'язаної з трактовкою консенсуальних і неконсенсуальних сексуальних взаємодій. У даному рішенні наявність або відсутність добровільної згоди, а також наявність відповідного ступеня сексуальної автономії, щоб говорити про здатність виявляти згоду, визнані конститутивними ознаками для визначення тієї чи іншої поведінки правомірною чи неправомірною.

Людська сексуальність скоріше подібна до мовлення, а окремі культурні та нормативні аспекти сексуального є певною мірою прихованими, тому для виявлення цих прихованих структур потрібна серйозна саморефлексія і увага та повага до іншого, розуміння сексу як акту комунікації. Саме звідси бере коріння нове сексуальне культурне гасло: «Так — це так». Обов'язок в акті комунікації переконатися у згоді партнера покладається на кожного з учасників сексуальних відносин. *GREVIO* як моніторинговий орган Стамбульської конвенції неодноразово наголошував на тому, що стандарт стверджувальної згоди найбільшою мірою відповідає цілям конвенції[851]. Директива ЄС з питань протидії насильству щодо жінок та домашньому насильству від 25.04.2024 передбачає зобов'язання держав-сторін підвищувати обізнаність громадськості про те, що неконсенсуальний секс вважається кримінальним правопорушенням та вживати заходів із запобігання згвалтуванням[852].

Окрім вже сказаного про автономію, варто додати, що феміністична критика концепту індивідуальної автономії призвела до появи концепту реляційної (відносної) автономії. З плином життя і розвитком доктрини стало зрозуміло, що оскільки індивідуальна діяльність формується в рамках соціальних відносин і взаємодій, то особиста (індивідуальна) автономія немислима у відриві від соціального контексту автономного агента. Діяти автономно — це не означає діяти незалежно від інших; це означає приймати автономні рішення в середовищі

850

851

852

[850] M.C. v. Bulgaria, App. no. 39272/98, 4 December 2003, ECtHR. Available at: https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp

[851] GREVIO, Thematic Perspectives on the Implementation of the Istanbul Convention (2025) Focus Section No. 4. URL: https://edoc.coe.int/en/violence-against-women/12132-thematic-perspectives-on-the-implementation-of-the-istanbul-convention.html

[852] DIRECTIVE (EU) 2024/… OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of … on combating violence against women and domestic violence. Available at: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-33-2024-INIT/en/pdf

соціальних відносин, як реакцію на Інших. І в цьому сенсі люди або групи людей по-різному набувають автономії або позбавляються автономії, особливо це стосується вразливих або маргіналізованих людей чи груп людей.

На сьогоднішній день у світі існує глобальний консенсус щодо того, що гендерне насильство непропорційно зачіпає жінок. Ключові міжнародні політики, механізми та інструменти у сфері протидії гендерно зумовленому насильству конструюються, виходячи із даних, що жінки перебувають структурно у нерівному становищі порівняно з чоловіками: 1) жінки непаритетно представлені на рівні прийняття рішень, 2) жінки мають менше економічних ресурсів, 3) жінки переважно виконують невидиму неоплачувану роботу — репродуктивну працю, домашню роботу, догляд за членами сім'ї, які потребують підтримки тощо.

Глобальний Індекс гендерного розриву 2025 (*Global Gender Gap Report 2025*[853]) продемонстрував, що Україна посідає 62 місце у світі з 148 країн (чим далі від першого місця, тим більше гендерний розрив між чоловіками та жінками за 4 ключовими показниками — економіка, здоров'я, освіта, політична участь). Така структурна гендерна нерівність обумовлює гендерне насильство; відповідно, ефективні політики протидії йому можуть бути побудовані лише з урахуванням розуміння цих причин та умов.

Саме тому, що довгий час жінки виключалися з політичної сфери, вважалися емоційними, ірраціональними, нездатними самостійно мислити, негідними статусу автономних агентів, автономія жінок дотепер є досить крихкою і залишається вразливою мішенню для патерналістських втручань. У зв'язку з цим підтримка концепції сексуальної автономії як об'єкта захисту з боку кримінального права дуже значуща.

Окрім того, означення «статева», яке сьогодні використовується законодавцем у розділі «Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи», також підлягає переосмисленню. Помислення сексуальності через поняття «статі», як суто природного, вродженого явища, обмеженого лише статевим потягом, за яким стоїть інстинкт продовження роду, характеризує рівень розвитку знань про сексуальність приблизно доби пізньовікторіанської Англії, проте аж ніяк не першу чверть XXI століття. Сексуальність як «статева свобода»,

853

[853] Global Gender Gap Report 2025. Available at: https://reports.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2025.pdf

«статева недоторканість» є слабкою пояснювальною моделлю, яка ігнорує соціальну і культурну реальність і ті соціокультурні практики та владні відносини, які стоять за ними. З часів психоаналітичних робіт Жака Лакана прийшло розуміння, що сексуальність необхідно мислити окремо від розмноження, а сексуальне бажання не відповідає біологічному інстинкту збереження роду. У культовій роботі «Історія сексуальності» (1976–1984) Мішель Фуко пішов далі, показавши, що сексуальність — це інструмент влади, а людські бажання включені в систему контролю. Такі аспекти сексу, як бажання, задоволення, ідентичність, норми сексуальної поведінки тощо сьогодні визнаються провідними вченими в сфері сексології соціальними явищами. Глибоко соціальна трактовка сексуальності відрізняє сучасні підходи від застарілих. Хоча людські імпульси і бажання мають біологічну основу, проте саме соціальні сили надають біологічній реальності форму сексуальності. Зведення сексуальності до відтворення собі подібних ігнорує інші важливі аспекти сексуальності, укорінює гендерні стереотипи в суспільстві, що може породжувати дискримінацію та атакувати рівність як основу конституційного порядку. Саме тому акцент на сексуальній автономії відіграє провідну роль у аналізованих реформах. Конститутивною ознакою сексуальної автономії є здатність виявляти згоду на сексуальну активність, тобто розуміти характер та значення вчинюваних сексуальних дій та можливих наслідків такого вибору в момент прийняття рішення. При цьому обмеженість згоди людини, у якої ще не розвинений достатній ступінь сексуальної автономії, видається важливою у концептуальному і практичному плані. Таким чином, сексуальна автономія, добровільна згода та комунікативність згоди є центральними аспектами, навколо який мають вибудовуватися правові механізми протидії сексуальному насильству.

Важливим питанням в контексті сексуальної автономії є також проблема протидії СНПК, адже характер примусовості обставин в ситуації збройного конфлікту може значно обмежувати можливості прояву людиною своєї автономії. Цей вид насильства необхідно відрізняти від так званих «загальнокримінальних» сексуальних злочинів, передбачених у розділі IV Особливої частини КК. Згідно з міжнародним кримінальним правом, формами сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, є наступні: зґвалтування, сексуальне рабство, примусова проституція, примусова вагітність, примусовий аборт, примусова стерилізація, примусовий шлюб, будь-яка інша форма сексуального насильства порівнюваної тяжкості (зокрема, це сексуалізовані катування, каліцтво жіночих геніталій, примусове оголення тощо).

Питання протидії СНПК особливо гостро постали з початком широкомасштабного російського вторгнення в Україну 24 лютого 2022 р.[854]. Заснована на Політиці щодо сексуального і гендерно зумовленого насильства Офісу Прокурора МКС 2014 р.[855], у грудні 2022 р. була презентована оновлена Політика щодо злочинів гендерного переслідування[856], а у грудні 2023 р. Офіс Прокурора МКС Каріма Хана представив нову Політику щодо гендерно зумовлених злочинів (злочини, які включають сексуальне, репродуктивне та інші форми гендерно зумовленого насильства)[857], в якій модифікував свій підхід у напрямку переслідування сексуального та гендерно зумовленого насильства і перейшов до використання терміну «гендерно зумовлені злочини», оскільки саме цей підхід широко охоплює злочини, пов'язані з сексуальним, репродуктивним та іншими формами гендерно зумовленого насильства, що краще відображає сучасне розуміння цих форм шкоди, а також окреслив принципи роботи Офісу з цими видами насильства, серед яких центральне місце займають «потерпіло-орієнтований підхід», «травма-інформований підхід» та «інтерсекційний підхід».

Головною розмежувальною рисою «загальнокримінальних» сексуальних злочинів і сексуальних злочинів, які становлять найтяжчі міжнародні злочини, що охоплюються предметною юрисдикцією РС, є

[854] Більше про СНПК див. : Харитонова О. Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, у війні РФ проти України: можливості правового реагування. URL: http://jurfem.com.ua/sexualne-nasylstvo-povyazane-z-konfliktom-u-viyni-rosii-proty-ukrainy/ ; Пам'ятки з розслідування СНПК. Офіс Генпрокурора. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/posts/pam-yatki-z-rozsliduvannya-snpk ; Стратегічний план реалізації повноважень прокуратури у сфері кримінального переслідування за сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/posts/specializovani-dokumenti ; Рамкова програма співробітництва між Урядом України та ООН щодо запобігання та протидії сексуальному насильству. URL: https://www.stoprapenow.org/wp-content/uploads/2022/05/20220503-FoC_Ukraine_SIGNED.pdf?fbclid=IwAR3aQLVC4f8AQrPm0hrkJBFPUx41nOjugrX9tPT4wTdcd3p13YJ6h3hRce4 ; Закон «Про правовий і соціальний захист осіб, постраждалих від сексуального насильства, пов'язаного із збройною агресією Російської Федерації проти України, та надання їм невідкладних проміжних репарацій». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4067-IX#Text

[855] Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes. ICC. June 2014. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf

[856] Policy on the Crime of Gender Persecution. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-12/2022-12-07-Policy-on-the-Crime-of-Gender-Persecution.pdf

[857] Policy on gender-based crimes. Crimes involving sexual, reproductive and other gender-based violence. The Office of the Prosecutor. ICC. December 2023. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-12/2023-policy-gender-en-web.pdf

наявність в останніх контекстуального елементу, який характеризується такими ознаками: 1) існування міжнародного збройного конфлікту; 2) діяння особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним; 3) особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту; між діянням обвинуваченого і збройним конфліктом існує контекстуальний зв'язок. Розвиток юриспруденції міжнародних кримінальних трибуналів серйозно сприяв переосмисленню питань добровільної згоди з урахуванням примусовості обставин, які виключають справжню згоду. Саме в світлі цих підходів необхідно розуміти появу примітки до ст. 152 КК, згідно якій «згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин».

2.3. Диференціація способів сексуальних атак

Висока тілесна інвазивність сексуальних кримінальних правопорушень передбачає особливу увагу до способу порушення сексуальної автономії. З урахуванням типу залученості до сексуальної атаки законодавча реформа 2017 р. передбачила: а) зґвалтування, поєднане з проникненням у тіло іншої особи (вагінальним, оральним, анальним) з використанням геніталій чи інших предметів (ст. 152 КК), та б) сексуальне насильство без проникнення (ст. 153 КК).

Оновлена редакція статей 152 КК «Згвалтування», 153 КК «Сексуальне насильство» побудована на розмежуванні способів посягання на тілесність під час сексуальних атак. Сексуальне насильство з проникненням у тіло іншої особи (згвалтування) — це особливе втручання у сферу сексуальної автономії. Пенетраційна сексуальна атака, за загальним правилом, більш небезпечна, ніж непенетраційна. Однак, багатогранні реалії різноманітних сексуальних практик в кожному конкретному контексті вимагатимуть оцінки індивідуальної суспільної небезпечності та адекватності правової відповіді.

Важливим практичним питанням залишається те, чи обов'язковим є тілесний контакт при сексуальному насильстві без проникнення в тіло. В даному контексті важливо звернути увагу на практику Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди, де у справі Акайесу (перше рішення, що стосувалося визначення згвалтування у міжнародному праві) суд підкреслив, що згвалтування є формою агресії, і основні елементи злочину зґвалтування неможливо знайти у механічному описі предметів і частин тіла. Суд відзначив культурну чутливість, пов'язану з публічним обговоренням інтимних питань, і нагадав про болісне

небажання та нездатність вцілілих розкрити анатомічні подробиці сексуального насильства, якого вони зазнали. Протягом усього обговорення Палата трибуналу зосереджувалася на примусовості обставин, а не на їх тілесних проявах, наполягаючи на тому, що «сексуальне насильство не обмежується фізичним вторгненням у людське тіло і може включати дії, не пов'язані з проникненням або навіть фізичним контактом»[858]. У нещодавно опублікованій книзі «*Feminist Judgments: Reimagining the International Criminal Court*» суддя Наві Пілей згадує міркування суддів так: «У справі *Akayesu* ми, судді, зазначили, що в міжнародному праві не існує загальноприйнятого визначення зґвалтування в конфліктних ситуаціях. Визначення, яке ми створили, народилося з досвіду жінок-свідків, які давали свідчення на суді. Прокурор запитала у свідка 'JJ', чи проникали до неї злочинці. Вона відповіла, що це було не єдине, що вони зробили. Це було поєднання насильства, дій, які вони чинили над нею, того, що вони говорили, та приниження, яке вона відчувала як мати, через публічну наготу та зґвалтування в присутності дітей та молодих чоловіків». «Я слухала її з особливою увагою, — згадує суддя, — щоб зафіксувати, як вона пережила акт зґвалтування. Я була переконана, що традиційне визначення «тілесного проникнення» не є доречним у контексті масових зґвалтувань у воєнних та конфліктних ситуаціях і не відповідає тому, як жінки сприймали це порушення. Я спробувала передати суть цих голосів жертв зґвалтування у рядку: «Сексуальне насильство було кроком у процесі знищення групи тутсі — знищення духу, волі до життя та самого життя»[859].

Думається, дана лінія аргументації заслуговує на підтримку. Якщо дію сексуального характеру, не пов'язану з сексуальним проникненням, обмежити лише обов'язковим тілесним контактом, — це може містити серйозні лакуни у регулюванні небезпечних форм сексуальної поведінки. Цього підходу дотримується і Офіс Прокурора МКС у Політиці щодо гендерно зумовлених злочинів 2023 р. (п. 31–33)[860]. Даний підхід підтверджується і практикою Європейського суду з прав

[858] The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. ICTR. Case No. ICTR-96-4-T. Judgement. 2 September 1998. Available at: https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-96-04/MSC44787R0000619822.PDF

858

[859] Feminist Judgments: Reimagining the International Criminal Court. Eds. Kcasey McLoughlin, Rosemary Grey, Louise Chappell, Suzanne Varrall. Foreword. Navi Pillay. Cambridge University Press, 2025

860

[860] Policy on gender-based crimes. Crimes involving sexual, reproductive and other gender-based violence. The Office of the Prosecutor. ICC. December 2023. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-12/2023-policy-gender-en-web.pdf

людини. Так, наприклад, у рішенні «Söderman v. Sweden»[861] ЄСПЛ визнав порушеними позитивні зобов'язання держави відповідно до ст. 8 ЄКПЛ в ситуації, коли національне законодавство не передбачало ефективних заходів правового захисту від порушення персональної недоторканості заявниці у конкретних обставинах її справи. Ці обставини полягали у тому, що вітчим таємно знімав на камеру у сексуальних цілях заявницю — свою на той час 14-річну пасербицю — під час душу. У національних судів не було можливості кваліфікувати дане діяння ані як сексуальне розбещення, оскільки не було наміру «режисера» дозволити потерпілій дізнатися про фільми, ані як спробу виготовлення дитячої порнографії, оскільки записи, відповідно до характеристик шведського законодавства, не були порнографічними за змістом. Велика палата, аналізуючи лакуни у законодавстві Швеції щодо можливості надати ефективний захист заявниці, підкреслила, що замість того, щоб визначати, чи є якась із лакун у правовій базі сама по собі «суттєвим недоліком», необхідно акцентувати увагу на тому, а чи дійсно якийсь із доступних засобів правового захисту забезпечував для заявниці «прийнятний рівень захисту».

Який шлях обирає Україна, щоб забезпечити прийнятний рівень захисту постраждалих від сексуального насильства? Чи є достатнім, щоб у такому випадку потерпіла особа була захищена лише бажанням законного представника дитини подати чи не подати заяву до поліції щодо незаконних дій із приватністю? Чи дійсно тут страждає в першу чергу сфера приватності, чи суттєво зачіпається сфера сексуальності? Згадаємо справу, коли, згідно з повідомленнями у медіа[862], в гуртожитку одного з київських закладів вищої освіти хлопець встановив приховану відеокамеру в душовій дівчат і здійснював відеозйомку. Після звернення дівчат у поліцію, адміністрація гуртожитку тиснула на них, вимагаючи заспокоїтися і не поширювати скандал, а ректор прокоментував ситуацію дивним чином, зазначивши, що студенти вишу є «креативними». Згодом суд звільнив хлопця від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям. Аналіз юридичної аргументації в рішенні свідчить про гендерну сліпоту суду і відсутність аналізу даної справи через гендерну

861

[861] Söderman v. Sweden, App. no. 5786/08, GG, 12 November 2013, ECtHR. Available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128043#{%22itemid%22:[%22001-128043%22]}

862

[862] Прихована зйомка у душовій гуртожитку КПІ: студента, який встановив камеру, звільнили від покарання, а справу — закрили. URL: https://hromadske.ua/posts/prihovana-zjomka-u-dushovij-gurtozhitku-kpi-studenta-yakij-vstanoviv-kameru-zvilnili-vid-pokarannya-a-spravu-zakrili

рамку[863]. Те, що у даній ситуації страждає сфера приватності, очевидно. Але не менш травмуючим є і втручання у сферу сексуальності дівчат у такий спосіб. Тож, виникає закономірне запитання: яким чином забезпечити прийнятний рівень захисту людської сексуальності у даній ситуації?

Зрозуміло, що широке розповсюдження цифрових технологій, розростання соціальних мереж тощо — буде лише розширювати можливості сексуальних кібер-атак. Чисельні різновиди гендерно зумовленого насильства — так звана «порнопомста» («*revenge porn*»), коли кривдники викладають у мережу фото і відео сексу з своїми колишніми інтимними партнерами, діпфейкові сексуальні зловживання, коли зображення людини за допомогою спеціальних технологій фейс-хакінгу чи фейс-мапінгу використовується і розповсюджується в мережі, використання цифрових додатків, що оголюють людину, так звані «віртуальні згвалтування» (які фахівці з питань цифрового насильства, заснованого на зображеннях, пропонують називати мета-згвалтуваннями, щоб підкреслити реальний, а не віртуальний характер шкоди від такого насильства) — завдають значної шкоди, яка носить не тільки індивідуальний, але і структурний характер. Кібер-харасмент, кібер-сталкінг, інші форми сексуального кібернасильства викликають занепокоєння міжнародних інституцій із захисту прав людини. Загальна рекомендація № 1 комітету *GREVIO* стосується питань цифрового виміру насильства щодо жінок[864]. Резолюція Європарламенту 2020/2035 від 14.12.2021 з рекомендаціями Комісії з протидії гендерно зумовленому насильству також присвячена питанням кібер-насильства[865]. Директива ЄС з питань протидії насильству щодо жінок та домашньому насильству, що з'явилася 25 квітня 2024 р., серед цілей регулювання називає такий специфічний різновид насильства щодо жінок, як кібер-насильство (з використанням засобів інформаційних та комунікаційних технологій — «by means of information and communication technologies ('ICT')») (ст.ст 5–8 Директиви)[866]. Тож, теорія еквівалентного захи-

863

[863] URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/102524912

864

[864] GREVIO General Recommendation No.1 on the digital dimension of violence against women. Available at: https://rm.coe.int/grevio-rec-no-on-digital-violence-against-women/1680a49147

865

[865] European Parliament resolution of 14 December 2021 with recommendations to the Commission on combating gender-based violence: cyberviolence (2020/2035(INL)). Available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0489_EN.html

866

[866] DIRECTIVE (EU) 2024/… OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of … on combating violence against women and domestic violence. Available at: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-33-2024-INIT/en/pdf

сту як у фізичному, так і у кібер-просторі[867], має отримати свій розвиток і в Україні, адже кримінальні закони як правило складаються технологічно нейтральним чином, а це означає, що кримінальна відповідальність існує незалежно від того, був злочин вчинений «офлайн» чи «онлайн»[868]. Тож, практична реалізація адекватної правової відповіді на цифрове насильство має бути суттєвим фактором розвитку законодавства і правозастосовної практики.

Окремої уваги потребує також такий спосіб сексуальної атаки, як сексуальні зловживання. Редакція ст. 154 КК «Примушування до вступу в статевий зв'язок» згідно з реформою 2017 р. в ч. 1 передбачає відповідальність за примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою; у ч. 2 встановлюється відповідальність за примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з особою, від якої потерпіла особа матеріально або службово залежна («класична» формула домагань у форматі «*quid pro quo*» — «послуга за послугу», коли є прямі відносини залежності між винним і потерпілою особою); ч. 3 криміналізує дії, передбачені ч.ч. 1, 2, поєднані з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів, або з погрозою розголошення відомостей, що ганьблять її чи близьких родичів.

Ст. 40 Стамбульської конвенції вимагає криміналізації чи встановлення іншої санкційності за сексуальні домагання (харасмент) — будь-яку форму небажаної вербальної, невербальної або фізичної поведінки сексуального характеру, метою або наслідком якої є порушення гідності особи, зокрема шляхом створення залякувального, ворожого, принизливого або образливого середовища. Логіка імплементації даних положень Конвенції полягає у тому, що, вочевидь, нова редакція ст. 154 КК під час реформи 2017 р. задумувалася як покликана криміналізувати ті різновиди сексуальних домагань, які є кримінально протиправними. Втім, законодавець реалізував цей задум достатньо невдало, фактично утворивши підставу для ускладнень у

867

[867] Більше див.: Renata Marcinauskaitė, Yulia Razmetaeva. Privacy protection in the digital age: a criminal law perspective. Vol. 7 No. 2 (2021): International Comparative Jurisprudence. Available at: https://ojs.mruni.eu/ojs/international-comparative-jurisprudence/article/view/6812?fbclid=IwAR3Qj-SpnnT_xP0TZH-NZPWkG7FU6q6AbfPMGL4V9bqV5pAedR3kNWVkvz8

[868] Dominik Brodowski. The Role of Criminal Law in Regulating Cybercrime and IT Security. In: Law and Technology in a Global Digital Society. Autonomous Systems, Big Data, IT Security and Legal Tech, ed. by Georg Borges and Christoph Sorge, Wiesbaden: Springer VS, 2022, p. 239

розмежуванні на практиці приписів ч. 1 ст. 154 КК та замаху на згвалтування та сексуальне насильство (ст.ст. 152, 153 КК). Ще більшою мірою проблема ідентифікації і належної кваліфікації криміналізованих сексуальних домагань посилилася із прийняттям ЗУ № 3733-IX «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та інших законів України у зв'язку з ратифікацією Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» від 22.05.2024 р., адже цей закон передбачив такі адміністративні правопорушення, як «Вчинення насильства за ознакою статі» (ст. 173^6 КУпАП), що фактично передбачає так звані гендерно-зумовлені домагання («гендерний харасмент»), та «Сексуальне домагання» (ст. 173^7 КУпАП) («сексуальний харасмент»), які відтепер необхідно відмежовувати від ч. 1 ст. 154 КК. Напрацювання критеріїв розмежування цих видів правопорушень найближчим часом стане одним зі складних завдань кримінально-правової теорії та практики і, вірогідно, грунтуватиметься в ознаках ступеня суспільної небезпечності.

Також, окрім можливостей кримінально-правового та адміністративно-правового регулювання, варто законодавчо підсилити заборону дискримінації та механізми протидії їй (ст. 6, 7 Закону «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»), встановивши більш деталізовані чіткі зобов'язання державних органів, органів влади АРК, органів місцевого самоврядування, юридичних осіб публічного та приватного права розробляти і впроваджувати гендерні політики, у тому числі для врегулювання питань протидії дискримінації, сексуальним, та, ширше, гендерним домаганням, забезпечення ефективного захисту від дискримінації. Адже, відповідно до ч. 2 ст. 81 ЦПК України, доказування відсутності дискримінації є обов'язком відповідача. Тому цивільно-правові способи захисту від дискримінації мають залишатися в арсеналі дієвих засобів протидії харасменту, даючи можливість уникати перефокусування на карцеральних аспектах та впроваджувати холістичну концепцію протидії дискримінаційним практикам.

Також відповідність національного кримінального законодавства ст. 34 Стамбульської конвенції має бути забезпечена шляхом криміналізації сталкінгу (переслідування) — умисної поведінки, яка полягає в повторному здійсненні загрозливої поведінки, спрямованої на іншу особу, що змушує особу боятися за свою безпеку. Переслідування може бути на основі статі, сексуальної, гендерної ідентичності, расових, етнічних ознак тощо; декілька ознак можуть перетинатися. Переслідування може носити сексуальний характер або не мати такого

характеру. Тому місце даному складу кримінального правопорушення на даному етапі розвитку законодавства скоріше за все слід шукати у розділі II або III Особливої частини КК, а захищені від дискримінації ознаки та сексуальна конотація діяння мають бути передбачені як кваліфікуючі ознаки складу. В цьому плані заслуговує на увагу законопроєкт № 12297, зареєстрований 9 грудня 2024 р., «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення повноти імплементації положень міжнародного права з питань протидії домашньому та іншим видам насильства, у тому числі щодо дітей»[869], у якому пропонується доповнити КК ст. 129[1] «Незаконне переслідування (сталкінг)». Окрім того, у даному законопроєкті, як видається, обгрунтованою і важливою виглядає пропозиція розширення сфери застосування обмежувальних заходів до кривдників не лише з приводу домашнього насильства, але й сексуального (ст. 91[1] проєкту).

2.4. Захист найбільш уразливих осіб

Аналізовані законодавчі реформи запропонували нові підходи до захисту малолітніх та неповнолітніх від сексуальної експлуатації та насильства згідно з ратифікованою Україною Ланцаротською конвенцією (Конвенцією РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства, 2007), яка разом із Стамбульською конвенцією і Конвенцією про протидію торгівлі людьми становлять гендерну рамку конвенцій РЄ.

Однак, законодавче регулювання такого захисту виглядає недосконалим. Зміни до кримінального законодавства, пов'язані з імплементацією вимог Стамбульської і Ланцаротської конвенції, виявилися неузгодженими. У правовому полі певний час (від набуття чинності Законом № 2334-VIII від 14.03.2018) існувала ситуація, коли ч. 4 ст. 152 КК і ч. 1 ст. 155 КК, ч. 4 ст. 153 і ст. 156 КК містили приписи, що описували однакові діяння, але передбачали санкції, що різнилися суворістю майже вдвічі.

Нова редакція ст. 155 згідно з Законом № 1256-IX від 18.02.2021 р. була присвячена спробам вирішити дану проблему. Так, ст. 155 КК

869

[869] Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення повноти імплементації положень міжнародного права з питань протидії домашньому та іншим видам насильства, у тому числі щодо дітей № 12297 від 09.12.2024. URL: https://itd.rada.gov.ua/BILLINFO/Bills/Card/45377

створила для регулювання лише межі, у яких потерпілій особі від 14 до 16 років, при цьому усунула застарілий підхід щодо «статевих зносин природним/неприродним способом». Що ж стосується редакції ст. 156 «Розбещення неповнолітніх» від 14.03.2018, яка у ч. 2 регулює питання розбещення малолітніх, явно виходячи за межі назви статті, то вона залишає труднощі у розмежуванні ч. 2 ст. 156 і ч. ст. 153 КК, оскільки «розбещення» малолітньої особи може за ознаками збігатися з сексуальним насильством без проникнення щодо малолітньої особи, а малолітній вік свідчить про відсутність добровільності згоди.

Позитивно оцінюючи появу у законодавстві зафіксованого віку сексуальної згоди[870], в цілому модель захисту уразливих для сексуальної експлуатації та сексуального насильства малолітніх/неповнолітніх слід визнати недостатньо системною. З урахуванням наявного стану регулювання відзначимо, що законодавець встановив мінімальний вік сексуальної згоди — 16 років, при цьому цей вік поділяється на два періоди, які різним чином впливають на кваліфікацію: 1) до 14 років і 2) від 14 до 16 років.

До досягнення 14 років згода малолітньої особи на сексуальні стосунки визнається абсолютно юридично нікчемною і добровільність згоди виключається *a priori* (особа не усвідомлює характер і значення вчинюваних з нею сексуальних дій); а у віці з 14 до 16 років добровільна згода може бути як повністю відсутня (особа не здатна ясно проявляти свободу сексуального волевиявлення і розуміти характер і значення свого рішення щодо сексуальних відносин) — і тоді юридичні рішення знаходяться у площині ст.ст. 152/153 КК; так і бути «обмежено добровільною»[871] (тобто особа не здатна повною мірою ясно проявляти свободу сексуального волевиявлення і розуміти характер і значення свого рішення щодо сексуальних відносин) — і тоді юридичні рішення знаходяться у площині ст.ст. 155/156 КК. Обмежено добровільна згода особи у віці від 14 до 16 років на сексуальні стосунки з повнолітнім не виключає кримінальної відповідальності повнолітнього, проте санкції ст. 155/156 КК є нижчими порівняно з сексуальним насильством

[870] Більше про дискусію стосовно віку сексуальної згоди див. : Дудоров О. «Вік сексуальної згоди» у міжнародному праві, кримінально-правовій доктрині та Кримінальному кодексі України. Кримінально-правові проблеми сучасної України (вибрані праці). Київ : Ваіте, 2022. С. 108–119.

[871] Більше див. : Харитонова О. В. Захист сексуальної автономії людини в проєкті КК України: критичний погляд. *Вісник Асоціації кримінального права України, 2021*, № 2 (16). С. 178–208. URL: http://vakp.nlu.edu.ua/article/view/244248 ; doi: https://doi.org/10.21564/2311-9640.2021.16.244248 871

щодо неповнолітньої особи без добровільної згоди, які передбачені у ст.ст. 152/153 КК.

Ст. 155 КК регулює діапазон відповідальності повнолітньої особи за дії сексуального характеру з проникненням за обмежено добровільною згодою з особою від 14 до 16 років. Що ж до сексуальних дій повнолітнього відносно особи від 14 до 16 років за обмежено добровільною згодою без проникнення — це ч.1 ст. 156 КК. Ще раз варто підкреслити необхідність ретельного аналізу добровільності згоди. За її відсутності — задіюються механізми відповідальності за зґвалтування/сексуальне насильство згідно ст.ст. 152/153 КК.

Чинна редакція ч. 2 ст. 156 КК по суті описує непенетраційне сексуальне насильство щодо малолітньої особи, вчинене спеціальними суб'єктами — членами сім'ї чи близькими родичами, або особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього; тож, його варто перенести у ст. 153 КК.

Схожий алгоритм необхідно застосувати і до конструювання ст. 152 КК щодо сексуального насильства з проникненням щодо малолітніх, створивши кваліфікований склад зі спеціальними суб'єктами. Бо інакше виходить, що насильство з проникненням, вчинене особами, які мають піклуватися про потерпілу особу, у ст. 152 КК не включене, але чомусь з'являється у ст. 153 КК, де немає пенетрації. Така конструкція призводить то того, що суспільна небезпека пенетраційних нападів на малолітніх з боку осіб, які мають обов'язок про них піклуватися, не отримує належного державного реагування.

Схожі проблеми існують і при визначенні ознак суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 156[1] КК «Домагання дитини для сексуальних цілей» (т.зв. «кібер-грумінг»). Чинний кримінальний закон не диференціює кримінальну відповідальність за такі домагання залежно від ознак суб'єкта. У той же час, вчинення такого роду діянь особами, які беруть участь у вихованні дітей чи піклуванні про них, за ступенем суспільної небезпечності суттєво відрізняються від домагань, вчинених «загальними» суб'єктами. Тому цілком слушною виглядає пропозиція доповнення ст. 156[1] КК кваліфікуючою ознакою «вчинення дій членом сім'ї чи близьким родичем, або особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього»[872].

[872] Тищенко А.Д. Домагання дитини для сексуальних цілей: характеристика суб'єкта складу злочину. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2/2024. С. 91-97

Ще один момент — непенетраційне сексуальне насильство без добровільної згоди щодо неповнолітніх та малолітніх в чинній ч. 5 ст. 153 КК називає таку кваліфікуючу ознаку, як спричинення тяжких наслідків. А таке ж непенетраційне сексуальне насильство, але за обмежено добровільною згодою щодо лише неповнолітніх віком від 14 до 16 років — передбачає більш широке коло кваліфікуючих ознак — хоча карається менш суворо і є менш суспільно небезпечним — «вчинені близькими родичами або членами сім'ї, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілої особи або піклування про неї, або якщо вони поєднані з наданням грошової чи іншої винагороди потерпілій особі чи третій особі або з обіцянкою такої винагороди, або якщо вони спричинили безплідність чи інші тяжкі наслідки» (чинна редакція ч. 2 ст. 155 КК). Видається, законодавчий опис тяжких наслідків у даних ситуаціях потрібно уніфікувати.

І, зрештою, обговорюючи проблематику сексуального насильства стосовно неповнолітніх/малолітніх, варто звернути увагу на наступні ситуації, що трапляються у практиці, коли, наприклад, дівчина і хлопець мають романтичні стосунки, їй 15, а йому виповнюється 18 — і з цього моменту постає проблема, оскільки він уже досягає належного ступеня сексуальної автономії, а вона — ще ні, і її згода з юридичної точки зору є обмежено добровільною. До досягнення хлопцем 18-річчя ситуація охоплювалася застереженням ч. 3 ст. 18 Ланцаротської конвенції, згідно з яким дія положень про сексуальне насильство не поширюється на врегулювання сексуальних стосунків між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою. З моменту ж досягнення 18 років виникає запитання, як у такому випадку захистити сексуальне життя молоді від надмірного втручання держави? Видається необхідним обговорити можливість розробки механізму, який би виключав кримінальну відповідальність за сексуальні стосунки осіб, близьких за віком, за взаємною згодою, якщо один з партнерів досяг повноліття (так звані «закони Ромео і Джульєтти»).

Висновки. Сексуальне насильство, як одна з найчутливіших форм порушення прав людини, потребує не лише формального оновлення законодавства, а й глибокого переосмислення через призму гендерної рівності. Оскільки право здатне як відтворювати, так і змінювати усталені соціальні стереотипи та норми, ефективна протидія сексуальному насильству вимагає врахування глибинних владних дисбалансів і гендерних нерівностей, що пронизують як суспільство, так і саму правову систему.

Відновлення незалежності України і зміна структури соціального і політичного поля привнесли суттєвий імпульс в реформування кримінального законодавства. Зокрема, прийняття КК 2001 р. стало важливою віхою у правовому регулюванні статевих злочинів, засвідчивши поступову трансформацію підходів до розуміння статевої свободи, недоторканості та гендерної рівності. Разом з тим, попри певний розрив з регулюванням радянського періоду, зокрема визнання потерпілими від статевих злочинів осіб будь-якої статі, відмову від криміналізації добровільних гомосексуальних відносин, у кримінальному законі і доктринальних тлумаченнях, що супроводжували процес оновлення законодавства, спостерігалися певні суперечності, спроби пов'язати сексуальність із морально забарвленими класифікаціями злочинів, відсутність чітких вікових критеріїв потерпілих від сексуальних злочинних посягань, зосередженість на біологічному підході і репродуктивній функції, через що певні сексуальні атаки класифікувалися як вчинені «природним» або «неприродним» способом. Слабким гендерним розумінням характеризувався також класифікаційний поділ статевих злочинів на «насильницькі» та «ненасильницькі». Недостатнім в частині захисту постраждалих був і законодавчий підхід до визнання сексуального посягання вчиненим групою осіб лише якщо такими особами були ті, хто володіє ознаками суб'єкта злочину. Це виключало можливість врахування суспільної небезпечності діяння і тяжкості шкоди, заподіяної кількома кривдниками, що не є суб'єктами злочину, потерпілій особі, і значно обмежувало потенціал постраждало-орієнтованого підходу. Зазначені аспекти свідчили про потребу глибшого осмислення норм через гендерну оптику, з метою усунення усталених стереотипів та забезпечення більш справедливого правозастосування. Попри те, що правозастосовна практика все ще зберігала стереотипи щодо «ідеальної жертви зґвалтування» та уявлення про те, що «справжня» жертва має чинити опір, наукова думка поступово зміщувалася до більш прогресивного розуміння, згідно з яким ключовим критерієм правової оцінки сексуальної взаємодії має бути не наявність фізичного опору, а відсутність добровільної згоди.

Реформи кримінального законодавства, спрямовані на впровадження гендерних політик, пройшли складний шлях від прийняття низки національних законів у 2017 р. до ратифікації у 2022 р. Стамбульської конвенції, що закріпила міжнародні стандарти захисту від гендерно зумовленого насильства в Україні. Вимушені політичні компроміси, зокрема заміна термінології «гендерно зумовлене насильство» на «насильство за ознакою статі», хоча і обмежили потенціал «гендерного

розуміння» у даній сфері праворегулювання, тим не менш створили підґрунтя для подальшої імплементації. Стамбульська конвенція стала фундаментом для підвищення рівня захисту постраждалих, зокрема, від сексуального насильства — однієї з найбільш інвазивних форм втручання в автономію людини, що супроводжується високими ризиками стигматизації, повторної віктимізації тощо.

Для реформування кримінального законодавства України відповідно до вимог Стамбульської конвенції важливо враховувати, що цей міжнародно-правовий документ запропонував оновлене розуміння сексуального насильства, що базується на відмові від «підходу, заснованого на силі» (*force-based approach*), і сфокусоване на захисті сексуальної автономії людини як центрального об'єкта правового регулювання, коли конститутивними ознаками порушення сексуальної автономії визнається відсутність добровільних консенсуальних дій з боку потерпілої особи, а стверджувальна згода є наріжним каменем правомірної сексуальної взаємодії.

В світлі цього світоглядного перефокусування політико-правових стратегій пропонується розділ Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» назвати «Кримінальні правопорушення проти сексуальної автономії людини», підкресливши здатність людей до самовизначення та самоврядування в сексуальній сфері, відмови від патерналістських зразків буття, коли хтось вирішує, як людині розпорядитися своєю свободою і чи допускати «іншого» у межі своєї автономії, а також наголосивши на відмові від суто біологічної трактовки сексуальності як статевого потягу і важливості розуміння її соціальних аспектів, замінивши термін «статевий» на «сексуальний».

Слід врахувати специфіку сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, яке потребує окремого врегулювання і особливої уваги до примусовості контекстуальних обставин конфлікту, що обмежують здатність особи виявляти справжню згоду. В процес оновлення кримінального законодавства потрібно інтегрувати принципи міжнародного кримінального права, відповідні положення РС та враховувати політики Офісу Прокурора МКС, які наголошують на потерпіло-орієнтованому, травма-інформованому та інтерсекційному підходах.

При реформуванні кримінального законодавства та правозастосовної практики важливо мати на увазі, що розмежування видів сексуальних кримінальних правопорушень за тілесною інвазивністю (зґвалтування з проникненням та сексуальне насильство без проникнення) є значущим, але не завжди достатнім критерієм для релевантної правової

оцінки. Обов'язковість тілесного контакту при сексуальному насильстві без пенетрації є дискусійним питанням. Практика міжнародних кримінальних трибуналів особливим чином підсвітила цей аспект, зосередившись не тільки на механістичному описі тілесних проявів, а на більш цілісному інтегрованому підході до оцінки шкоди, що заподіюється сексуальними кримінальними правопорушеннями. В умовах широкомасштабної війни Росії проти України та вепонізації сексуального насильства такий підхід є дуже значущим. З урахуванням сказаного, а також суттєвого зростання цифрових технологій, що створюють нові форми сексуального насильства, на національному рівні праворегулювання потрібно запровадити приписи, які дозволять всебічно враховувати суспільну небезпеку сексуального насильства, у тому числі не пов'язаного з тілесним контактом, а також імплементувати концепцію еквівалентності захисту як у фізичному, так і у кібер-просторі.

Окремим фокусом трансформаційної уваги має бути редакція ст. 154 КК «Примушування до вступу в статевий зв'язок», що з'явилася в результаті реформ 2017 р. Вона утворила практичні складнощі в диференціації цього діяння від інших кримінальних правопорушень, зокрема, замаху на зґвалтування і сексуальне насильство без пенетрації. Оновлена редакція цієї статті мала би враховувати положення та дефініції ст. 40 Стамбульської конвенції щодо протидії сексуальним домаганням і передбачати критерії розмежування кримінальних та адміністративних норм, які регулюють сексуальні та гендерні домагання, особливо у контексті останніх змін до адміністративного законодавства, покликаних імплементувати підходи Стамбульської конвенції.

В світлі реформаційних процесів виглядає обґрунтованою пропозиція законопроєкту № 12297 від 9 грудня 2024 р. щодо криміналізації незаконного переслідування (сталкінгу). Проте вона потребує уточнення в частині кваліфікуючих ознак складу з урахуванням можливого сексуального характеру діяння, а також переслідування на основі певних захищених ознак, зокрема статі, сексуальної, гендерної ідентичності тощо. Окрім того, заслуговує на підтримку пропозиція цього законопроєкту щодо розширення сфери застосування обмежувальних заходів до кривдників не лише з приводу домашнього насильства, але й сексуального.

На критичну оцінку заслуговує існуюча наразі в КК обмежена системність моделі захисту неповнолітніх та малолітніх від сексуального насильства. Зокрема, проблемою є наявність суперечностей і неузгодженостей у статтях 152, 153, 155, 156 КК, яка пов'язана з тим, що в даних статтях описуються схожі діяння, проте відмінності у

санкційності є надто суттєвими. Усунення дублювання і відмінностей в санкціях за ідентичні діяння сприятиме формуванню комплексного законодавчого підходу, який має узгоджувати національні норми з міжнародними зобов'язаннями за Ланцаротською, Стамбульською конвенціями та Конвенцією про протидію торгівлі людьми.

Законодавча фіксація віку сексуальної згоди (16 років) є позитивним кроком, але вдосконаленню підлягає також тлумачення питання добровільності згоди у віковому проміжку 14–16 років. Існуюче регулювання необхідно інтерпретувати таким чином: у віці з 14 до 16 років добровільна згода може бути як повністю відсутня (особа не здатна ясно проявляти свободу сексуального волевиявлення і розуміти характер і значення свого рішення щодо сексуальних відносин) — і тоді юридичні рішення знаходяться у площині ст.ст. 152/153 КК; так і бути «обмежено добровільною» (тобто особа не здатна повною мірою ясно проявляти свободу сексуального волевиявлення і розуміти характер і значення свого рішення щодо сексуальних відносин) — і тоді юридичні рішення знаходяться у площині ст.ст. 155/156 КК. Окремою новелою може бути встановлення обмежень у визначенні протиправності сексуальної взаємодії осіб, близьких за віком (так звані *close-in-age exemptions*, коли виключається кримінальна відповідальність за взаємні романтичні сексуальні стосунки осіб, що мають різницю у віці не більше 2–3 років, навіть якщо один з партнерів юридично є неповнолітнім).

Значущим аспектом захисту неповнолітніх та малолітніх від сексуальних кримінальних правопорушень є також наявність в кримінальному законодавстві відповідних кваліфікуючих ознак для діянь, вчинених особами, які мають обов'язок щодо виховання або піклування про дитину. На жаль, чинне регулювання характеризується відсутністю уніфікованого підходу до оцінки діянь таких суб'єктів в різних статтях даного розділу КК. Видається, кримінальний закон має передбачити посилену відповідальність у таких випадках, і цей підхід має бути імплементований наскрізно, адже шкода від травматизації дитини в результаті сексуальної атаки людини, якій вона має довіряти і очікувати захисту, є тяжкою. Гармонізація підходів до визначення тяжкої шкоди у сексуальних кримінальних правопорушеннях також є необхідною для забезпечення ефективності правозастосування.

КНИГА 2

Концептуальні засади розвитку кримінального процесуального законодавства України

Розділ 1. ЦИФРОВІЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ОСНОВНІ НАПРЯМИ РОЗВИТКУ ПРАОТВОРЧОСТІ

Юрій ХІМ'ЯК,
кандидат юридичних наук, заступник керівника Апарату Верховного Суду — керівник секретаріату Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду

ORCID: https://orcid.org/0009-0009-0696-9094

Анотація. У роботі проведено комплексний аналіз поточного стану забезпечення цифровізації кримінального провадження. Встановлено, що рівень процесуального регулювання цифровізації у кримінальному судочинстві суттєво нижчий, ніж в інших судових юрисдикціях. Станом на 2025 рік модель цифровізації кримінального провадження перебуває на етапі затверджених концепцій, стратегій, планів, водночас подальша цифровізація кримінального провадження є одним із міжнародних зобов'язань держави як кандидата в члени Європейського Союзу.

Обгрунтовано необхідність визначення у ст. 3 КПК понять «Електронний кабінет» та «Електронний кабінет судді». Встановлено, що введення поняття Електронний кабінет судді надасть можливість нормативно закріпити технологічні можливості функціонального електронного кабінету судді та використовувати інформацію, доступну засобами електронного кабінету під час здійснення судочинства.

Зважаючи на складність та багатоманітність процедур на різних стадіях кримінального провадження обгрунтовано, що розбудова електронного документообігу має бути заснована саме на принципах вирішення конкретних питань, виконання у такий спосіб конкретних завдань, а не встановлення абстрактної загальної можливості здійснювати окремі дії в електронному вигляді.

Запропоновано встановити, що ЄСІКС забезпечує обмін документами та інформацією (надсилання та отримання документів та інформації в електронній формі) між судами та відповідними державними органами під час розгляду кримінального провадження.

На основі аналізу ст. 106[1] КПК зроблено висновок, що розвиток електронного кримінального провадження в частині досудового розслідування і судового провадження має здійснюватися шляхом розроблення

та затвердження інформаційно-комунікаційних систем досудового розслідування в органах досудового розслідування в порядку абз. 2 ч. 1 ст. 106[1] КПК.

Доведено необхідність доповнити ч. 2 ст. 35 КПК положенням про те, що суд проводить розгляд кримінального провадження за матеріалами у формах, визначених Положенням про ЄСІКС. Визначено можливість розгляду в електронній формі проваджень за скаргами в кримінальному провадженні, що розглядаються окремо від справи та матеріалів, постановлених на стадії досудового розслідування, виконання судових рішень (постановлених в порядку ст. 537 КПК), розгляд матеріалів про направлення кримінального провадження з одного суду до іншого тощо.

Підлягає процесуальному закріпленню принцип комунікації суду з учасниками провадження в той спосіб, який учасник обрав для звернення до суду. Наявне у ст. 35 КПК положення, за яким адвокати, нотаріуси, приватні виконавці, арбітражні керуючі, судові експерти, органи державної влади, органи місцевого самоврядування реєструють офіційні електронні адреси в ЄСІКС в обов'язковому порядку не містить обов'язку звернення до суду через електронний кабінет, як і не містить процесуальних наслідків ігнорування такого обов'язку. Тому подальший шлях цифровізації у цій сфері має в результаті закріпити принцип комунікації суду з учасниками провадження в той спосіб, який учасник обрав для звернення до суду.

З урахуванням наведених характеристик АСДС доведено, що найбільш повноцінним та належним способом забезпечення відновлення матеріалів втраченого кримінального провадження є одержання наявної інформації щодо відповідного кримінального провадження з системи документообігу суду, на розгляді якого воно перебувало, або інших програмно-апаратних комплексів Державної судової адміністрації України (автоматизованої системи).

З огляду на необхідність подальшої імплементації положень Третього додаткового протоколу до Європейської Конвенції про правову допомогу у кримінальних справах слід звернути увагу доцільність розширення підстав застосування відеоконференцзв'язку у статті 567 КПК.

Окремим напрямом цифровізації, обміну інформацією в електронному вигляді є визначення процесуальних підстав електронної взаємодії судді з державним реєстрами, базами даних.

Запропоновано зміни та доповнення до статей 3, 35, 317 КПК.

Ключові слова: кримінальне судочинство, цифровізація, електронний суд, електронний кабінет, електронний документообіг, електронна справа, Єдина судова інформаційно-комунікаційна система,

електронна інформаційна взаємодія, виклик, повідомлення, відеоконференцзв'язок, інформаційно-комунікаційна система досудового розслідування, електронні докази, державні реєстри

YURIY KHIMYAK,

DIGITALIZATION OF CRIMINAL PROCEEDINGS: MAIN DIRECTIONS OF LEGISLATIVE DEVELOPMENT

Abstract. The paper provides a comprehensive analysis of the current state of ensuring the digitalization of criminal proceedings. It has been established that the level of procedural regulation of digitalization in criminal proceedings is significantly lower than in other judicial jurisdictions. As of 2025, the model of digitalization of criminal proceedings is at the stage of approved concepts, strategies, and plans, while further digitalization of criminal proceedings is one of the international obligations of the state as a candidate for membership in the European Union.

The need to define in Art. 3 of the Code of Criminal Procedure the concepts of «Electronic Cabinet» and «Electronic Cabinet of a Judge» is substantiated. It is established that the introduction of the concept of Electronic Cabinet of a Judge will provide an opportunity to normatively consolidate the technological capabilities of a functional electronic cabinet of a judge and use information available through electronic cabinets during the conduct of legal proceedings.

Given the complexity and diversity of procedures at different stages of criminal proceedings, it is substantiated that the development of electronic document flow should be based precisely on the principles of solving specific issues, thus performing specific tasks, and not establishing an abstract general possibility to perform individual actions in electronic form.

It is proposed to establish that ESICS provides for the exchange of documents and information (sending and receiving documents and information in electronic form) between courts and relevant state bodies during the consideration of criminal proceedings.

Based on the analysis of Art. 106^1 of the CPC, it was concluded that the development of electronic criminal proceedings in the pre-trial investigation and judicial proceedings should be carried out by developing and approving information and communication systems for pre-trial investigation in pre-trial investigation bodies in accordance with the procedure of para. 2, part 1, Art. 106^1 of the CPC.

The need to supplement Part 2, Art. 35 of the CPC with a provision stating that the court shall consider criminal proceedings based on materials

in the forms specified by the Regulation on the ESICS has been proven. The possibility of considering in electronic form proceedings on complaints in criminal proceedings that are considered separately from the case and materials decided at the stage of pre-trial investigation, the execution of court decisions (made in accordance with the procedure of Art. 537 of the CPC), the consideration of materials on the referral of criminal proceedings from one court to another, etc. has been determined.

The principle of communication between the court and the participants in the proceedings in the manner chosen by the participant for addressing the court is subject to procedural consolidation. The provision in Art. 35 of the Code of Civil Procedure, according to which lawyers, notaries, private executors, arbitration managers, judicial experts, state authorities, local self-government bodies register official e-mail addresses in the ESICS without fail, does not contain the obligation to address the court through an electronic office, nor does it contain the procedural consequences of ignoring such an obligation. Therefore, the further path of digitalization in this area should ultimately consolidate the principle of communication between the court and the participants in the proceedings in the manner chosen by the participant for addressing the court.

Taking into account the above characteristics of the ASDS, it has been proven that the most complete and appropriate way to ensure the restoration of materials of lost criminal proceedings is to obtain available information on the relevant criminal proceedings from the document management system of the court under whose consideration it was, or other software and hardware complexes of the State Judicial Administration of Ukraine (automated system). Given the need for further implementation of the provisions of the Third Additional Protocol to the European Convention on Legal Assistance in Criminal Matters, attention should be paid to the expediency of expanding the grounds for the use of videoconferencing in Article 567 of the CPC.

A separate direction of digitalization, exchange of information in electronic form is the determination of procedural grounds for electronic interaction of a judge with state registers, databases.

Amendments and additions to Articles 3, 35, 317 of the Code of Criminal Procedure are proposed.

Key words*:* criminal justice, digitalization, electronic court, electronic office, electronic document management, electronic case, Unified Judicial Information and Communication System, electronic information interaction, call, message, videoconferencing, information and communication system of pre-trial investigation, electronic evidence, state registers

Цифровізація кримінального судочинства є надважливим завданням на шляху держави до ЄС і виконання цього завдання складає один із обов'язків, взятих державою на міжнародному рівні. Крім цього, цифровізація судочинства розглядається як спосіб подолання корупційних ризиків. Так, наприклад, 10.09.2025 КМУ затвердив Програму дій на 2025 рік, при цьому у таких сферах як Євроінтеграція та боротьба з корупцією Програма дій уряду передбачає програмну мету впровадження е-Суду[872]. У Плані Ukraine facility на 2024–2027 рік визначено обов'язок провести реформу цифровізації судової системи. Визначаючи таке завдання вказано, зокрема, шо ЄСІКС потребує повної модернізації, програмні та апаратні рішення потребують заміни, системі бракує сучасних функцій та зручності. Крім того, створена система є неефективною. Констатовано, що: «реформа відповідає одній з рекомендацій ЄС до підрозділу «Функціонування судової влади» Розділу 23 «Судова влада та основоположні права» Звіту про прогрес України в рамках Пакета розширення ЄС 2023 р., а саме, схвалити та розпочати реалізацію дорожньої карти модернізації інформаційно-телекомунікаційних систем у судовій системі, включно з розробленням нової системи управління справами. Опис реформи: Ця реформа передбачає комплексну модернізацію ЄСІТС. Вона ґрунтуватиметься на висновках та рекомендаціях, отриманих за результатами технічного та функціонального аудиту судових ІТ-систем. Для забезпечення належної пріоритезації і послідовності етапів реформи буде розроблено дорожню карту модернізації ЄСІТС. Вона передбачатиме необхідні законодавчі, інституційні та інформаційно-технічні зміни, а також сприятиме співпраці між відповідними державними та недержавними зацікавленими сторонами. На основі дорожньої карти модулі ЄСІТС будуть замінені або суттєво модернізовані, а за потреби будуть впроваджені нові ІТ системи»[873]. Зазначені недоліки та визнання необхідності здійснення реформ у сфері цифровізації правосуддя обумовлюють актуальність цього дослідження.

Варто зазначити, що описані в Плані для Ukraine facility (2024–2027) недоліки ЄСІКС стосуються в більшій мірі питань розвитку цифровізації судочинства в цілому, оскільки правова регламентація цифровізації у кримінальному провадженні на час прийняття вказаного Плану була фактично відсутня. Йдеться про те, що окремі положення щодо підстав

872

873

[872] Програма дій Кабінету Міністрів України, затверджена 10.09.2025. URL: https://www.kmu.gov.ua/diyalnist/programa-diyalnosti-uryadu

[873] План для Ukraine facility (2024–2027). URL: https://www.ukrainefacility.me.gov.ua/wp-content/uploads/2024/03/plan-ukraine-facility.pdf. С. 81–82.

та порядку застосування ЄСІКС як системи судочинства у КПК було регламентовано лише у березні 2024 р. після набрання чинності Закону України від 23.02.2024 № 3604-IX «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо забезпечення поетапного впровадження Єдиної судової інформаційно-комунікаційної системи»[874]. При цьому, вказаний Закон прийнято як початковий етап цифровізації, і навіть після цього рівень цифровізації кримінального судочинства суттєво нижчий, ніж у інших цивільному, адміністративному чи господарському процесі.

Аналіз архітектури поточної побудови процесів цифровізації вказує, зокрема, на такі недоліки: 1) створення технологічних можливостей здійснення окремих процесуальних дій в електронному вигляді без нормативного вираження в процесуальних нормах (порядок ознайомлення з матеріалами справи, отримання аудіо-відеофіксації судових засідань, поширення модулів ЄСІКС на процедуру судового розгляду в порядку КУпАП без регламентації такої можливості у цьому кодексі тощо), 2) створення окремих фрагментарних частин електронного документообігу між судами без визначення порядку його здійснення в процесуальних кодексах та підзаконних нормативно-правових актах; 3) розбудова архітектури ЄСІКС за принципом вхідного/вихідного електронного вікна, а не функціонального комплексу реалізації прав та обов'язків учасників кримінального провадження з огляду на їх конкретний процесуальний статус; 4) створення електронних кабінетів без врахування процесуального статусу суддів, працівників апаратів судів, учасників та сторін кримінального провадження (суддів, прокурорів, секретарів судових засідань, працівників канцелярій (фактичних вхідних реєстраторів документів); 5) витрати наявних ресурсів на розбудову засобів цифровізації, що мають інформаційний характер для учасників кримінального провадження та не створюють результату у вигляді способу належного процесуального інформування; 6) створені засоби цифровізації не пришвидшують здійснення судочинства через недоліки правової регламентації.

Таким чином, апарат суду використовує кілька альтернативних форм сповіщення особи про виклик до суду, перенесення судового розгляду, прийняте процесуальне рішення, що в кінцевому випадку все одно

[874] Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо забезпечення поетапного впровадження Єдиної судової інформаційно-комунікаційної системи : Закон України від 23.02.2024 № 3604-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3604-20#Text

874

вимагає надіслання відповідних документів поштовим зв'язком з наступною фіксацією факту отримання документації таким традиційним способом. Вибір електронних засобів як способу звернення до суду, що є зручним для учасників кримінального провадження, не свідчить про право на зворотну взаємодію зі сторони суду у такий спосіб.

Питанням цифровізації судочинства в цілому, та кримінального судочинства, зокрема, присвячено багато досліджень, зокрема таких науковців, окремих суддів, як: А. А. Барабаш, Н. В. Глинська, О. А. Дурач, О. Д. Дроздов, Д. І. Клепка, Ю. С. Рєпіна, О. І. Марочкін, М. І. Пашковський, С. В. Подкопаєв та інші.

Водночас, дослідження процесів цифровізації кримінального провадження здійснюється, як правило, за наявними технологічними можливостями ЄСІКС, без визначення меж застосування таких засобів, оскільки підставою для аналізу виступають технічні можливості процесів судочинства, а не аналіз можливих способів цифровізації процесуальних дій у кримінальному провадженні. Не вдаючись в історичний аспект дослідження становлення та розвитку ЄСІКС, зазначимо, що у цієї системи уже було декілька концепцій, і чергова з них прийнята у 2025 р. У цій концепції зазначено, що: «доопрацювання наявних підсистем стає недоцільним, оскільки фрагментована архітектура та різнорідні технологічні рішення не забезпечують належної інтеграції між підсистемами. А також не вирішує головну проблему — відсутність єдиної централізованої технологічної основи, яка забезпечила б злагоджене функціонування всіх елементів ЄСІКС[875]. Тобто, фактично йдеться про необхідність розробки нової системи. Варто зазначити, що нова концепція ЄСІКС знову ж таки побудована на основі технічних характеристик, а не процесуального застосування, що суттєво знижує ефективність її впровадження. Вважаємо, що основним є питання можливості та доцільності забезпечувати цифровізацію тих чи інших стадій кримінального провадження, окремих процесуальних дій та їх технічне забезпечення, а не навпаки. В іншому випадку, як результат будуть функціонувати технічні системи, що не впливають на виконання процесуальних завдань.

Таким чином, цифровізація судочинства, в тому числі у сфері кримінальної юрисдикції, є завданням усіх органів державної влади, обумовлена міжнародними зобов'язаннями, проте перебуває на етапі концепцій, стратегій, узгоджень, пошуку шляхів реалізації, без належного нормативного забезпечення.

875

[875] Концепція ЄСІКС. URL: https://court.gov.ua/storage/portal/dsa/news/Kontseptsia%20ESIKS.pdf

В межах дослідження слід зосередити увагу на іншому підході до аналізу можливої архітектури подальшої цифровізації кримінального провадження, а саме на дослідженні можливості та доцільності здійснювати цифровізацію тих чи інших процесуальних дій, уточненню можливих форм участі в процесі різних його учасників, можливостей наближення технічної складової в процесі до стандартів ЄС. Тобто, йдеться про те, що цифровізація судочинства забезпечує покращення його здійснення, а не процес підлаштовується під загальні технічні рішення. Саме створення технічних та програмних механізмів цифровізації без нормативного їх забезпечення і є основним недоліком ЄСІКС станом на сьогодні.

При цьому, технічні рішення та їх недоліки жодним чином не можуть визначати спосіб та порядок здійснення судочинства. У Плані для *Ukraine facility* (2024–2027) визначено вплив вищезазначеної реформи, що може вважатися по суті її бажаним результатом на кінцевому етапі, а саме: «Цифровізація судової системи дасть змогу покращити доступ до правосуддя у воєнний час, підвищить прозорість, ефективність та результативність роботи судів, зменшить операційні витрати і забезпечить можливість формування політики у сфері правосуддя на основі фактичних даних»[876]. Вважаємо, що такий результат визначеної реформи є на сьогодні визначеним у законодавстві завданням цифровізації на етапі виконання завдань держави як кандидата в члени ЄС.

Завдання ЄСІКС в цілому знайшло своє відображення шляхом доповнення у 2017 р. Закону від 02.06.2016 № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів» статтею 15[1]. У цій статті визначено базові положення функціонування ЄСІТС та зміст цифровізації правосуддя. Встановлено, що у судах, ВРП, ВККС, ДСА, їх органах та підрозділах функціонує ЄСІТС, що забезпечує: 1) ведення електронного діловодства, в тому числі рух електронних документів у межах відповідних органів та установ та між ними, реєстрацію вхідних і вихідних документів та етапів їх руху; 2) централізоване зберігання процесуальних та інших документів та інформації в єдиній базі даних; 3) захищене зберігання, автоматизовану аналітичну і статистичну обробку інформації; 4) збереження справ та інших документів в електронному архіві; 5) обмін документами та інформацією (надсилання та отримання документів та інформації, спільна робота з документами) в електронній формі між судами, іншими органами системи правосуддя, учасниками судового процесу, а також проведення відеоконференції в режимі реального часу; 6) автоматизацію

[876] План для Ukraine facility (2024–2027). Там само.

роботи судів, ВРП, ВККС, ДСА, їх органів та підрозділів; 7) формування і ведення суддівського досьє (досьє кандидата на посаду судді) в електронній формі; 8) віддалений доступ користувачів цієї системи до будь-якої інформації, що в ній зберігається, в електронній формі відповідно до диференційованих прав доступу; 9) визначення судді (судді-доповідача) для розгляду конкретної справи у порядку, визначеному процесуальним законом; 10) добір осіб для запрошення до участі у здійсненні правосуддя як присяжних; 11) розподіл справ у ВККС, ВРП, її органах; 12) аудіо- та відеофіксацію судових засідань, засідань ВККС, ВРП, її органів, їх транслювання в мережі Інтернет у порядку, визначеному законом; 13) ведення ЄДРСР; 14) функціонування офіційного веб-порталу судової влади України, веб-сайтів ВРП та ВККС; 15) функціонування єдиного контакт-центру для управління запитами, іншими зверненнями; 16) можливість автоматизованої взаємодії цієї системи з іншими автоматизованими, інформаційними, інформаційно-телекомунікаційними системами органів та установ системи правосуддя, органів правопорядку, Міністерства юстиції України та підпорядкованих йому органів та установ; 17) можливість учасникам справи, які мають намір взяти участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції, завчасно перевіряти в тестовому режимі зв'язок із судом; 18) інші функції, передбачені Положенням про ЄСІТС[877].

Зазначимо, що вказані функції ЄСІТС повноцінно відповідають можливим напрямам цифровізації правосуддя в усіх судових юрисдикціях.

Положення про ЄСІКС деталізує питання застосування його функцій. Зокрема, Положення визначає порядок функціонування в судах та органах системи правосуддя окремих підсистем (модулів) ЄСІТС, зокрема підсистем «Електронний кабінет», «Електронний суд» та підсистеми відеоконференцзв'язку; порядок вчинення процесуальних дій в електронній формі з використанням таких підсистем; особливості використання в судах та органах системи правосуддя іншого програмного забезпечення в перехідний період до початку функціонування ЄСІТС у складі всіх підсистем (модулів). Разом з тим, зазначений підзаконний акт, незважаючи на значні відмінності в процесуальному порядку вчинення дій в електронній формі у кримінальному судочинстві, не містить окремих процесуальних порядків застосування підсистем ЄСІКС у КПК. Крім того, слід зазначити, що питання застосування ЄСІКС при розгляді

877

[877] Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text

справ про адміністративні правопорушення, що підсудні судам, не врегульовано у нормах КУпАП.

Водночас, Положенням про ЄСІКС введено лише три модулі: «Електронний кабінет», «Електронний суд», «Відеоконференцзв'язок». Модуль «Особливості автоматизованого розподілу судових справ» не введено в дію. ЄДРСР функціонує як окремий державний реєстр.

В контексті окремих складових ЄСІКС, що функціонують як модулі, або ж не введені в дію варто звернутися до ст. 15[1] Закону «Про судоустрій і статус суддів», згідно якої ЄСІКС має виконувати щонайменше 18 функцій. Зазначене в принципі вказує на те, що за задумом реформи 2017 року етап цифровізації правосуддя перебуває на початковому етапі. Ми не будемо аналізувати модуль ЄСІКС «Особливості автоматизованого розподілу судових справ», оскільки цей модуль не введено в дію, проте змістовно його положення фактично відтворюють діючи на сьогодні правила автоматизованого розподілу судових справ у судах.

І. Електронний кабінет. Основою для електронної взаємодії виступає модуль ЄСІКС «Електронний кабінет». Згідно п. 8 Положення про ЄСІКС підсистема «Електронний кабінет» (Електронний кабінет ЄСІТС, Електронний кабінет) — підсистема ЄСІТС, захищений вебсервіс, що має офіційну адресу в інтернеті (*id.court.gov.ua*), який забезпечує процедуру реєстрації користувачів в ЄСІТС, а також подальшу автентифікацію таких осіб з метою їх доступу до підсистем (модулів) ЄСІТС у межах наданих прав.

Електронний кабінет забезпечує реалізацію функцій електронного суду для учасника провадження, є способом подання документів, їх отримання, отримання викликів, сповіщень тощо. У ч. 1 ст. 35 КПК визначено, що адвокати, нотаріуси, приватні виконавці, арбітражні керуючі, судові експерти, органи державної влади, органи місцевого самоврядування реєструють офіційні електронні адреси в ЄСІКС та/або її окремих підсистемах (модулях) в обов'язковому порядку. Інші особи реєструють офіційні електронні адреси в ЄСІКС та/або її окремих підсистемах (модулях) в добровільному порядку. Водночас, реєстрація в ЄСІКС та/або її окремих підсистемах (модулях) не позбавляє права на подання документів до суду в паперовій формі в порядку, визначеному цим Кодексом.

Серед недоліків процесуальної регламентації порядку використання електронного кабінету у кримінальному провадженні виділимо такі:

1) в усіх процесуальних кодексах, крім КПК, суб'єкти, що зобов'язані в обов'язковому порядку зареєструвати електронний кабінет подають процесуальні документи до суду виключно таким способом, оскільки

законодавство містить процесуальні наслідки неподання документів з використанням електронного кабінету. У нормах КПК жодних процесуальних наслідків не використання суб'єктами, визначеними у ч. 1 ст. 35 КПК, електронного кабінету, не передбачено.

З огляду на наведене, наявність у цих осіб та органів електронного кабінету не надає суду можливості здійснювати обмін документами через електронний кабінет у випадку, коли при надсиланні процесуальних документів до суду було обрано інший спосіб подання. А у випадку обрання електронного кабінету засобом комунікації з судом, право на належне процесуальне сповіщення виникає у суду лише у випадках, коли про таку можливість надсилання процесуальних документів від учасника надійшла відповідна письмова заява.

2) в усіх процесуальних кодексах, крім КПК, передбачено вручення будь-яких документів учасникам, які зареєстрували електронний кабінет, виключно в електронній формі до їх електронних кабінетів. У п. 17 Положення про ЄСІКС вказано, що: «Особам, які зареєстрували Електронний кабінет в ЄСІТС, суд вручає будь-які документи у справах, у яких такі особи беруть участь, виключно в електронній формі шляхом їх надсилання до Електронного кабінету таких осіб, що не позбавляє їх права отримати копію судового рішення в паперовій формі за окремою заявою»[878].

У нормах КПК визначено, що у разі якщо особа подала письмову заяву про здійснення виклику в конкретному кримінальному провадженні з використанням ЄСІКС та/або її окремої підсистеми (модуля), то за наявності технічної можливості така особа викликається шляхом надсилання їй текстових повідомлень у порядку, визначеному Положенням про ЄСІКС та/або положеннями, що визначають порядок функціонування окремих підсистем (модулів) ЄСІКС (ч. 2 ст. 135 КПК). Також, у разі якщо особа подала письмову заяву на одержання повісток про виклик у конкретному кримінальному провадженні з використанням ЄСІКС та/або її окремої підсистеми (модуля), днем вручення повістки про виклик до слідчого судді, суду є день отримання судом повідомлення про доставлення повістки про виклик до слідчого судді, суду на офіційну електронну адресу особи (ч. 2 ст. 136 КПК).

Таким чином, подання документів через електронний кабінет у кримінальному провадженні за відсутності відповідної заяви на одержання,

878

[878] Положення про порядок функціонування окремих підсистем (модулів) Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи. Рішення ВРП від 17.08.2021 № 1845/0/15-21 (зі змінами). URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1845910-21#Text

наприклад, повісток про виклик у кримінальному провадженні, унеможливлює належне повідомлення особи у такому провадженні способом надсилання у відповідний електронний кабінет. Зазначене фактично означає, що можливість використання судом для комунікації електронного кабінету учасника можлива у випадках обрання учасником способу подання документів через електронний кабінет та його активного волевиявлення на отримання кореспонденції від суду саме в такий спосіб. Наведена законодавча конструкція фактично знівельовує можливості зменшити витрати на кореспонденцію, забезпечити швидке та достовірне повідомлення учасника про хід та результати процесуальних дій, здійснити організаційне забезпечення здійснення судочинства, оскільки відсутність на час судового розгляду інформації про належне повідомлення учасників про день та час проведення судового засідання в більшості випадків призводить до відкладення розгляду справи з наступним повідомленням уже про нову дату судового засідання.

3) електронний кабінет технологічно побудований на основі ідентифікації будь-якого учасника як фізичної чи юридичної особи, що не надає можливість побудувати ефективну цифрову взаємодію між судом та учасниками кримінального провадження. Так, наприклад, у п. 12 Положення про ЄСІКС встановлено, що особливості реєстрації Електронних кабінетів органів прокуратури та уповноваження прокурорів на виконання функцій процесуальних осіб у кримінальному провадженні з використанням їхніх власних Електронних кабінетів визначаються спільним рішенням ДСА та ОГП. Зазначене рішення визначено спільним наказом ДСА та ОГП від 02.05.2024 № 189/98 «Порядок електронної інформаційної взаємодії Державної судової адміністрації України та Офісу Генерального прокурора»[879].

Цим Наказом у п. 6 встановлено, що обмін процесуальними та іншими документами, пов'язаними з розглядом справ у суді, між органами прокуратури та судами в електронній формі здійснюється з використанням прикладних програмних інтерфейсів шляхом автоматизованого обміну інформацією між підсистемою «Електронний суд» ЄСІТС та інформаційною системою «Система електронного документообігу органів прокуратури України». Проте не визначено як здійснюється подання, отримання документів прокурорами в межах конкретних кримінальних проваджень, способи ідентифікації матеріалів (номери ЄРДР) та відповідно ЄУН судового або досудового провадження.

879

[879] Порядок електронної інформаційної взаємодії ДСА та ОГП : спільний наказ ДСА, ОГП від 02.05.2024 № 189/98. URL: https://surl.li/ycjyme

Зазначене свідчить про виключно технологічну взаємодію, а не засновану на процесуальному статусі побудову електронних кабінетів конкретних видів учасників кримінального провадження. Слід вказати, що технічно виокремлюється також електронний кабінет судді, водночас як у прокурора як сторони кримінального провадження, так і у суддів, електронні кабінети реєструються як кабінети фізичних осіб.

Побудова електронного судочинства у кримінальному провадженні можлива шляхом визначення функціональних електронних кабінетів на основі диференціації прав у суду та учасників провадження, проте у законодавстві мають бути визначені відповідні поняття, принаймні на рівні Положення про ЄСІКС.

Взаємодія електронного кабінету з системою документообігу суду побудована за принципом надсилання автоматичних сповіщень про рух матеріалів кримінального провадження, документів у справі, можливість ознайомлення з поданими документами іншими учасниками кримінального провадження.. Враховуючи наведене, ідентифікація конкретної особи як учасника кримінального провадження (за ЄРДР або ЄУН), перевірка повноважень, є визначальним для допуску фактично до матеріалів провадження.

Таким чином, розвиток ЄСІКС в частині електронних кабінетів учасників має відбуватися шляхом створення функціональних електронних кабінетів для суддів, прокурорів, секретарів судових засідань, окремих працівників апарату суду, що здійснюють реєстрацію документів. Саме така розбудова електронного кабінету на основі диференціації прав конкретного учасника кримінального провадження надасть можливість забезпечити подальші рівні цифровізації судочинства з використанням цього модуля ЄСІКС.

4) електронні кабінети державних органів використовуються ними як кабінети учасників судових справ. Водночас, суди в межах кримінального провадження взаємодіють з багатьма державними органами. Одним з напрямів розвитку ЄСІКС згідно плану реформ є покращення цифрової взаємодії між держаними органами.

Для належного функціонування обміну документами у порядку визначеному положенням про ЄСІТС необхідне програмне доопрацювання ЄСІКС, яке надасть можливість надсилати процесуальні документи для виконання в електронні кабінети державних установ, які хоч не є учасниками судового провадження, проте такі органі в силу своїх повноважень взаємодіють з судами кримінальної юрисдикції.

Законодавчі вимоги стосовно реєстрації електронних кабінетів усіма державними органами створює виключно можливості виконання

процесуальних вимог такими органами користуватися електронним кабінетом як учасником судового провадження в різних судових юрисдикціях. В межах кримінального процесу, в ході якого багато органів державної влади мають взаємодіяти з судами в межах виконання завдань кримінального провадження електронна взаємодія таким способом (засобами ЄСІКС), як і між судами, не містить достатнього та належного правового регулювання. Водночас, на відміну від інших судових юрисдикцій, суди під час розгляду кримінального провадження здійснюють функцію взаємодії з центрами надання безоплатної правової допомоги, органами пробації, слідчими ізоляторами, установами виконання покарань, конвойними підрозділами військових частин, органів Національної поліції, військової служби правопорядку у Збройних Силах України, органами казначейства тощо і такий документообіг не характеризується ознаками взаємодії між судом і учасниками справи, проте саме за таким принципом станом на сьогодні ЄСІКС і функціонує, що не надає можливість ефективно і в короткі строки організаційно забезпечувати процес здійснення судочинства.

Для таких цілей з урахуванням характеристик електронного кабінету, способу реєстрації юридичних осіб, а саме того факту, що процедура реєстрації Електронного кабінету юридичної особи здійснюється з використанням кваліфікованого електронного підпису керівника такої юридичної особи, що підтверджується даними з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань, а сертифікат кваліфікованого електронного підпису такої посадової особи повинен містити ідентифікаційні дані як юридичної, так і посадової особи, створює можливість в захищеному середовищі з належним засвідченням, в тому числі процесуальних документів, забезпечувати виклики, повідомлення, оформлювати заявки судів на конвоювання, надсилати судові рішення про етапування засудженого, звільнення з-під варти тощо.

Разом з цим, реалізація таких можливостей передбачає необхідність внесення доповнень до багатьох нормативно-правових актів різного рівня, в іншому випадку технологічні можливості електронного документообігу судів та державних органів, що задіяні в процесі здійснення правосуддя, без процесуального регулювання, будуть і надалі фактично заблоковані для цілей процесу. Таким чином, як у КПК, так і в нормах КВК, Законах «Про попереднє ув'язнення», «Про безоплатну правову допомогу», «Про пробацію», «Про Національну поліцію» тощо необхідно встановити порядок електронної взаємодії.

Для реалізації зазначених пропозицій пропонуємо частину першу статті 35 КПК згідно якої у суді функціонує ЄСІКС та/або її окремі підсистеми (модулі), що забезпечують, зокрема: доповнити новим пунктом 6: «обмін документами та інформацією (надсилання та отримання документів та інформації в електронній формі між судами та відповідними державними органами в під час розгляду кримінального провадження. Документи, підписані, погоджені в ЄСІКС з використанням кваліфікованого електронного підпису, їх примірники в електронній та паперовій формах визнаються оригіналами документів».

Зазначене положення забезпечить право на електронний документообіг та отримання як судом, так і відповідними органами документів та інформації в найкоротші строки, захищеною системою з повідомленням про час отримання документів, з кожним вищенаведеним державним органом це окремі види інформації, наприклад, з слідчими ізоляторами та установами виконання покарань — отримання від суду ухвал про проведення відеоконференції, етапування на вимогу суду, звільнення з-під варти, надання судом дозволів обвинуваченому, засудженому на вчинення окремих дій за його клопотаннями. Для суду — отримання інформації про передання документів, розписок про ознайомлення з документами тощо.

Наприклад, форма електронної інформаційної взаємодії у кримінальному провадженні передбачено на рівні Постанови КМУ, що врегульовує Порядок внесення коштів на спеціальний рахунок у разі застосування застави як запобіжного заходу. Зокрема, у пунктах 5 та 6 Порядку передбачено, що: «внесення коштів на депозитний рахунок здійснюється на підставі платіжної інструкції особи чи заставодавця не пізніше п'яти днів з дня обрання запобіжного заходу у вигляді застави. Платіжна інструкція з відміткою банку про виконання надається слідчому, прокурору, суду, який здійснює кримінальне провадження, та уповноваженій службовій особі місця попереднього ув'язнення.

Інформація, що підтверджує зарахування застави на депозитний рахунок передається Казначейством до ДСА шляхом електронної інформаційної взаємодії. Структура та формати даних, що передаються та приймаються в порядку інформаційної взаємодії, визначаються ДСА та Казначейством за погодженням з ВАКС, ВС та оформляються протоколом обміну інформацією. ДСА передає до Мін'юсту інформацію, що підтверджує зарахування застави на депозитний рахунок, шляхом електронної інформаційної взаємодії у порядку, визначеному Мін'юстом та ДСА за погодженням з ВАКС, ВС. Підозрюваний, обвинувачений звільняється з-під варти після отримання та перевірки уповноваженою

службовою особою місця попереднього ув'язнення, в якому він перебуває, інформації, що міститься у платіжній інструкції та підтверджує внесення застави, та інформації, що підтверджує зарахування застави на депозитний рахунок. Така перевірка не може тривати більше одного робочого дня»[880]. Таким чином, архітектура електронної інформаційної взаємодії у п. 6 Порядку побудова за принципом належного автоматичного проходження документів різних органів, що забезпечує надає можливість в електронному вигляді в найкоротші строки зафіксувати факт внесення застави та прийняти рішення про звільнення особи з-під варти. Тобто електронний документообіг фрагментарно забезпечує порядок вирішення конкретного питання, що має правове значення.

Очевидно, що зважаючи на складність та багатоманітність процедур на різних стадіях кримінального провадження, розбудова електронного документообігу має бути заснована саме на принципах вирішення конкретних питань, виконання у такий спосіб конкретних завдань, а не встановлення абстрактної загальної можливості здійснювати окремі дії в електронному вигляді.

За таким принципом право на електронну інформаційну взаємодію згідно компетенції органів та порядку здійснення повноважень має бути визначено, зокрема, в окремих підзаконних нормативно-правових актів, таких як, наприклад: Інструкція з організації конвоювання та тримання в судах обвинувачених (підсудних), засуджених за вимогою судів[881]; Інструкція про порядок вилучення, обліку, зберігання та передачі речових доказів у кримінальних справах, цінностей та іншого майна органами дізнання, досудового слідства і суду[882] тощо;

5) з огляду на довготривалу війну, наявність ТОТ, міграції населення, одним з напрямів удосконалення цифровізації має бути спрощений технічний порядок реєстрації електронних кабінетів учасників

[880] Порядок внесення коштів на спеціальний рахунок у разі застосування застави як запобіжного заходу : постанови КМУ від 11.01.2012 № 15 (зі змінами). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/15-2012-%D0%BF#Text

[881] Інструкція з організації конвоювання та тримання в судах обвинувачених (підсудних), засуджених за вимогою судів, затверджена 26.05.2015 спільним Наказом МВС, Міністерства юстиції України, ВСУ, ВССУ, ДСА, Генеральної прокуратури України № 613/785/5/30/29/67/68. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0698-15#Text

[882] Інструкція про порядок вилучення, обліку, зберігання та передачі речових доказів у кримінальних справах, цінностей та іншого майна органами дізнання, досудового слідства і суду, затверджена 27.08.2010 спільним Наказом Генеральної прокуратури України, МВС, Державної податкової адміністрації України, СБУ, ВСУ, ДСА № 51/401/649/471/23/125. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0051900-10#Text

кримінального провадження, які в силу різних обставин перебувають в інших країнах або ж на ТОТ. Законодавство визначає можливість застосування електронного кабінету для громадян України, що знаходяться на ТОТ і електронний кабінет слугує по суті єдиним верифікованим засобом комунікації з судом;

6) Електронний кабінет як модуль ЄСІКС не надає можливість сторонам та учасникам кримінального провадження подавати до суду документи у відповідності до свого процесуального статусу у конкретному кримінальному провадженні. Зазначений недолік також не надає можливості розробляти та впроваджувати шаблони процесуальних документів, що впроваджуються для зручності та в певній мірі з метою надання правничої допомоги. Таким чином, електронний кабінет в більшій мірі слугує «вхідним вікном» для подання процесуальних документів.

Очевидно, що розвиток застосування електронного кабінету має передбачати побудову функціональних особливостей залежно від процесуального статусу користувача, натомість особа станом на сьогодні не може навіть обрати належний процесуальний статус у відповідності до видів учасників кримінального провадження, визначених у ст. 3 КПК;

7) КПК, на відміну від інших процесуальних кодексів, не визначає поняття «Електронний кабінет». Наприклад, у ст. 6 ГПК встановлено, що: «Електронний кабінет — це персональний кабінет (веб-сервіс чи інший користувацький інтерфейс) у підсистемі (модулі) ЄСІТС, за допомогою якого особі, яка пройшла електронну ідентифікацію, надається доступ до інформації та сервісів ЄСІТС або її окремих підсистем (модулів), у тому числі можливість обміну (надсилання та отримання) документами (в тому числі процесуальними документами, письмовими та електронними доказами тощо) між судом та учасниками судового процесу, а також між учасниками судового процесу. Електронна ідентифікація особи здійснюється з використанням кваліфікованого електронного підпису чи інших засобів електронної ідентифікації, які дають змогу однозначно встановити особу»[883]. Зазначимо, що таке поняття електронного кабінету має бути визначено у ст. 3 КПК з метою процесуального закріплення його функціональних можливостей. Крім цього, важливим є визначення електронних кабінетів учасників кримінального провадження.

883

[883] Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text

У технологічних концепціях ЄСІКС та частковій реалізації модулів цієї системи йде мова про електронний кабінет судді. За функціональним статусом в процесі це надважливе питання визначення вказаного поняття у нормах КПК, оскільки суддя, на відміну від учасників кримінального провадження, здійснює електронну взаємодію на лише у справі, а й з державними органами, що забезпечують здійснення судочинства у кримінальному провадженні, а також між судами різних інстанцій. Враховуючи наведене, пропонуємо також ст. 3 КПК доповнити визначенням поняття електронний кабінет судді та встановити, що: «Електронний кабінет судді — це персональний кабінет (веб-сервіс чи інший користувацький інтерфейс) у підсистемі (модулі) Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, за допомогою якого судді надається доступ до інформації та сервісів ЄСІТС або її окремих підсистем (модулів), у тому числі матеріалів кримінального провадження, можливість обміну (надсилання та отримання) документами між судом та учасниками судового процесу, судами, державними органами, доступу до державних реєстрів, виконання інших функцій по здійсненню правосуддя. Електронна ідентифікація судді здійснюється з використанням кваліфікованого електронного підпису чи інших засобів електронної ідентифікації, які дають змогу однозначно встановити особу». Введення такого поняття надасть можливість нормативно закріпити технологічні можливості функціонального електронного кабінету судді та використовувати інформацію, доступну засобами електронного кабінету під час здійснення судочинства. По суті закріплення такого поняття на рівні процесуального законодавства є вихідним питанням до можливості розгляду окремих матеріалів виключно в електронній формі з використанням електронної справи.

ІІ. Електронний суд. Електронна справа. Згідно п. 24 Положення про ЄСІКС підсистема «Електронний суд» (Електронний суд) — підсистема ЄСІТС, що забезпечує можливість обміну (надсилання та отримання) документами (в тому числі процесуальними документами, письмовими та електронними доказами тощо) між судом та учасниками судового процесу, між користувачем цієї підсистеми та Вищою радою правосуддя, а також отримувати інформацію про стан і результати розгляду таких документів чи інші документи.

О. А. Дурач зазначає, що: «проведення повної цифровізації роботи суду, в сфері здійснення правосуддя, забезпечення документообігу суду, створення електронного архіву суду дозволить відійти від паперових проваджень, забезпечить компактне зберігання інформації, яка

міститься в судових справах, кадровій та службовій документації, більш оперативного відправлення правосуддя»[884]

За правилами ч. 4 ст. 15[1] Закону «Про судоустрій і статус суддів» суди, ВРП, ВККС, їх органи проводять розгляд справ за матеріалами в електронній формі. Процесуальні та інші документи і докази у паперовій формі не пізніше наступного дня з дня їх надходження до суду, ВРП, ВККС, їх органів переводяться в електронну форму та долучаються до матеріалів електронної справи в порядку, визначеному Положенням про ЄСІТС. У випадку необхідності відповідний орган може витребувати, оглянути та залучити до матеріалів справи документ у паперовій формі. Подані до відповідного органу паперові документи зберігаються у додатку до електронної справи. В розрізі судів фактично йдеться про реєстрацію та зберігання документів в автоматизованій системі документообігу суду (АСДС), водночас, АСДС суду призначена для реєстрації документів, а питання використання таких документів в процесуальній діяльності повинно мати окреме нормативне вираження.

Слід зазначити, що згадане положення судоустрійного Закону жодним чином не знайшло відображення в кримінальному процесуальному законодавстві. У нормах КПК закріплено:

1) спосіб подання та отримання документів через електронний кабінет (статті 35, 135, 136 КПК);

2) право на врахування доказів у вигляді допиту під час досудового розслідування в судовому засіданні у випадках, визначених у ст. 225 КПК;

3) порядок функціонування Інформаційно-комунікаційної системи досудового розслідування в порядку, визначеному у ст. 106[1] КПК. Встановлено, що інформаційно-комунікаційна система досудового розслідування взаємодіє з ЄРДР та системою, яка функціонує в суді відповідно до статті 35 цього Кодексу, а також може взаємодіяти з іншими інформаційними, інформаційно-комунікаційними системами у випадках, передбачених законом.

Фактично йдеться про систему «іКейс», що функціонує на підставі Положення про інформаційно-телекомунікаційну систему досудового розслідування «іКейс», що затверджене Наказом НАБУ, ОГП, РСУ, ВАКС 15.12.2021 № 175/390/57/72;

4) порядок надання матеріалів справи в електронному вигляді за правилами ч. 2 ст. 533[1] КПК. Так, зокрема, згідно вимог ч. 2 ст. 533[1].

[884] Дурач О. А. Цифровізація суду як шлях до запровадження дистанційної роботи судів загальної юрисдикції в умовах воєнного стану. Інформація і право.2024. № 4 (51). С. 276.

«Засуджені, які відбувають покарання в установах виконання покарань, звертаються до суду через адміністрацію таких установ із заявою про надання електронних копій матеріалів кримінального провадження (кримінальної справи) та документів, долучених до матеріалів кримінального провадження, необхідних для захисту своїх прав і інтересів. Такі електронні копії надсилаються судом до адміністрації установ виконання покарань за допомогою електронної пошти або інших засобів зв'язку у строк, об'єктивно необхідний для їх виготовлення, але не більше тридцяти днів з дня надходження такого звернення. Зазначені матеріали можуть надсилатися до електронного кабінету самого засудженого (за наявності), або ж установи виконання покарань (в межах електронної інформаційної взаємодії);

5) використання окремих матеріалів справи під час відновлення провадження. Зокрема, згідно вимог ч. 2 ст. 616[1] КПК матеріали кримінального провадження, не направлені з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності до суду, а також матеріали кримінального провадження, в якому обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності направлено до суду, проте підготовче судове засідання не відбулося; судовий розгляд розпочато, проте рішення суду за результатами його розгляду не ухвалено; судом ухвалено рішення, проте воно не набрало законної сили, підлягають відновленню за рішенням слідчого судді, суду у разі надходження клопотання від прокурора або від слідчого чи дізнавача, погодженого з прокурором, або від сторони захисту чи потерпілого, або за власною ініціативою суду, за умови наявності витягу з ЄРДР, або постанови про початок досудового розслідування, винесеної у порядку, передбаченому ст. 615 цього Кодексу, або ухвали про призначення судового розгляду, наявних у цьому кримінальному провадженні відповідних матеріалів фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інших носіїв інформації, а також копій документів, засвідчених з використанням засобів кваліфікованого електронного підпису. За правилами ч. 4 ст. 616-1 КПК до клопотання про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження додаються документи або їх копії, у тому числі не посвідчені в установленому порядку, що збереглися у прокурора, слідчого, дізнавача, сторони захисту чи потерпілого, за умови їх засвідчення кваліфікованим електронним підписом;

6) Положення ч. 14 ст. 615 КПК, згідно якого копії матеріалів кримінальних проваджень, досудове розслідування в яких здійснюється в

умовах воєнного стану, в обов'язковому порядку зберігаються в електронній формі у дізнавача, слідчого чи прокурора;

7) положення пункту 20^6 Розділу IX КПК, згідно якого у разі відсутності інтеграції системи, яка функціонує в суді відповідно до статті 35 цього Кодексу, з інформаційно-комунікаційною системою досудового розслідування слідчий, дізнавач, прокурор подає до суду матеріали в паперовій формі та в електронній формі з використанням кваліфікованого електронного підпису. Відповідно до вимог абз. 2 ч. 1 ст. 106^1 КПК порядок функціонування інформаційно-комунікаційної системи досудового розслідування визначається положенням, яке затверджується спільно ОГП, органом, у складі якого функціонує орган досудового розслідування, а також органом, що затверджує положення про систему, яка функціонує в суді відповідно до статті 35 цього Кодексу.

Аналіз ст. 106^1 КПК та пункту 20^6 Розділу IX КПК вказує на те, що єдиною інформаційно-комунікаційною системою досудового розслідування, затвердженою у відповідності до вимог ст. 106^1 КПК є «іКейс» (орган досудового розслідування — НАБУ), що поширює свою діяльність на справи, підсудні Вищому антикорупційному суду України. У інших органах досудового розслідування така система в розумінні ст. 106^1 КПК відсутня, що свідчить про значні недоліки у цифровізації кримінального провадження як в частині електронного досудового провадження (можливості застосування електронного документообігу для розгляду матеріалів слідчих суддів), так і вирішення спірних питань передання матеріалів провадження до суду (на етапі підготовчого судового засідання).

Стаття 106^1 КПК, як і стаття 20^6 розділу «Перехідні положення» не містить законодавчо визначених процесуальних механізмів забезпечення поєднання електронних матеріалів досудового розслідування та судового провадження під час направлення справи до суду. На стадії підготовчого судового засідання суд розглядає обвинувальний акт. У частинах першій та другій статті 317 КПК вказано, що документи, інші матеріали, надані суду під час судового провадження його учасниками, судові рішення та інші документи і матеріали, що мають значення для цього кримінального провадження, долучаються до обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності і є матеріалами кримінального провадження (кримінальною справою). Після призначення справи до судового розгляду головуючий повинен забезпечити учасникам судового провадження можливість ознайомитися з матеріалами кримінального провадження, якщо вони про

це заявлять клопотання. Під час ознайомлення учасники судового провадження мають право робити з матеріалів необхідні виписки та копії. Таким чином, у ст. 317 питання про порядок надання документів суду, зібраних на стадії досудового розслідування, не визначено.

Враховуючи визначений законодавцем напрям розвитку цифровізації кримінального провадження на етапі досудового розслідування (шляхом побудови та затвердження в порядку, визначеному у ст. 106[1] КПК інформаційно-комунікаційних систем досудового розслідування, що передбачають електронну взаємодію з системою, визначеною у ст. 35 КПК, якої є на сьогодні ЄСІКС) у ч. 2 ст. 317 КПК доцільно встановити, що документи, матеріали, що подаються під час судового провадження до суду подаються в електронній формі з використанням кваліфікованого електронного підпису. Сторони кримінального провадження не позбавлені права на подання документів, матеріалів в паперовій формі. З урахуванням вимог ч. 14 ст. 615 КПК, а саме — копії матеріалів кримінальних проваджень, досудове розслідування в яких здійснюється в умовах воєнного стану, в обов'язковому порядку зберігаються в електронній формі у дізнавача, слідчого чи прокурора, такі матеріали уже повинні зберігатися в органах досудового розслідування в електронній формі.

Водночас, порядок подання клопотань, матеріалів під час досудового розслідування може бути додатково врегульовано в порядку ст. 106[1] КПК та на основі встановленого порядку електронної взаємодії. Право на розгляд окремих матеріалів в електронній формі надане ч. 2 ст. 106[1] КПК, згідно якої слідчий, дізнавач, прокурор, слідчий суддя, суд, а також захисник (за його згодою) використовують, а інші учасники кримінального провадження можуть використовувати інформаційно-комунікаційну систему досудового розслідування під час реалізації своїх повноважень, прав та інтересів, передбачених цим Кодексом, за умов та в порядку, що визначені положенням про таку систему. Крім того, за наявності інтеграції з ЄСІКС, фактично йдеться про використання обох систем для забезпечення здійснення правосуддя в електронному вигляді.

Окремо варто зазначити про те, що до питань цифровізації правосуддя у кримінальному провадженні варто віднести і питання застосування повної аудіо-відеофіксації судового провадження, аудіо та відеофіксації окремих слідчих (розшукових) дій тощо, а також розвиток судової практики щодо порядку дослідження та врахування електронних доказів. У постанові ОП ККС від 29.03.2021у справі № 554/5090/16-к зазначено, що: «у частині 3 ст. 99 КПК законодавець визначив, що оригіналом документа є сам документ, а оригіналом електронного документа ще

і його відображення, якому надається таке ж значення як документу. При цьому відповідно до ч. 1 ст. 99 КПК документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, у тому числі матеріали звукозапису та електронні носії інформації. Ототожнення електронного доказу як засобу доказування та матеріального носія такого документа є безпідставним, оскільки характерною рисою електронного документа є відсутність жорсткої прив'язки до конкретного матеріального носія.

Для виконання завдань кримінального провадження, з огляду на положення Закону «Про електронні документи та електронний документообіг», допустимість електронного документа як доказу не можна заперечувати виняткова на підставі того, що він має електронну форму (ч. 2 ст. 8). Відповідно до ст. 7 цього Закону у випадку його зберігання на кількох електронних носіях інформації кожний з електронних примірників вважається оригіналом електронного документа. Один і той же електронний документ може існувати на різних носіях. Усі ідентичні за своїм змістом екземпляри електронного документа можуть розглядатися як оригінали та відрізнятися один від одного тільки часом і датою створення. Питання ідентифікації електронного документа як оригіналу можуть бути вирішені уповноваженою особою, яка його створила (за допомогою спеціальних програм порахувати контрольну суму файлу або каталогу з файлами CRC-сума, hash-сума), або за наявності відповідних підстав шляхом проведення спеціальних досліджень»[885].

У 2022 р. ст. 237 КПК доповнено правом на здійснення огляду комп'ютерних даних. У ч. 2 ст. 237 КПК встановлено, що огляд комп'ютерних даних проводиться слідчим, прокурором шляхом відображення у протоколі огляду інформації, яку вони містять, у формі, придатній для сприйняття їх змісту (за допомогою електронних засобів, фотозйомки, відеозапису, зйомки та/або відеозапису екрана тощо або у паперовій формі). Стосовно правил збирання таких доказів та їх допустимості у постанові ККС від 30.01.2025 у справі № 490/6113/22 вказано, що: «положеннями ч. 1 ст. 93 КПК передбачено, що збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, у порядку,

885

[885] Постанова ОП ККС від 29.03.2021 у справі № 554/5090/16-к. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074938

передбаченому КПК. З метою з'ясування обставин, які підлягають доказуванню, старший слідчий в особливо важливих справах слідчого відділу УСБУ в Херсонській області за участю спеціалістів відділу КІБ УСБУ в Херсонській області, провів огляд публікацій в засобах масової інформації через мережу Інтернет і задля збереження доступності інформації у відкритих джерелах, здійснив її цифрове зберігання — архівацію, яка надає змогу захистити та зберігати інформацію з плином часу, включаючи її справжність, доступність, ідентичність, постійність, рендеринг (візуалізацію) та зрозумілість, що корелюється зі стандартами, викладеними у Протоколах Берклі, визнаних Управлінням ООН. Крім цього, інформація зафіксована у згаданих протоколах огляду з відкритих джерел не суперечить іншим зібраним доказам, протоколи складені уповноваженою особою відповідно до вимог КПК, а тому підстав для визнання зафіксованих у ньому даних недопустимими або неналежними ВС не вбачає[886].

Таким чином, у нормах КПК наявні окремі процесуальні механізми врахування у нормах КПК можливості здійснення електронного кримінального провадження, а порядок дослідження електронних доказів визначається сталою судовою практикою.

Серед загальних засад регулювання в процесуальному законодавстві електронного документообігу, зазначимо, що КПК лише в одній статті визначає порядок обігу електронних документів у кримінальному провадженні. Так, у ч. 5 ст. 106[1] КПК встановлено, що обіг електронних документів у кримінальному провадженні в частині, не врегульованій цим Кодексом, регулюється іншими законами щодо електронних документів та електронного документообігу. Водночас зазначена стаття врегульовує порядок застосування інформаційно-комунікаційної системи досудового розслідування, а не судового провадження.

Для дослідження питань, пов'язаних з розглядом кримінальних проваджень, окремих матеріалів виключно в електронній формі слід, насамперед, виходити з того, що законодавство на сьогодні прямих процесуальних норм не передбачає.

Разом з цим, необхідно враховувати, що окремі норми щодо ЄСІКС з'явилися у КПК лише у 2024 р. і їх роль у процесі визначено у пояснювальній записці до відповідного законопроєкту. Так, при прийнятті проекту Закону «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо забезпечення поетапного впровадження

886

[886] Постанова ККС від 30.01.2025 у справі № 490/6113/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/125028785

Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи» № 8219 від 23.11.2022. у пояснювальній записці наголошено, що: «На першому етапі впровадження ЄСІТС пропонується внести зміни до КПК України у частині забезпечення обміну документами (надсилання та отримання документів) в електронній формі між судом та учасниками судового процесу, а також забезпечення участі осіб у судових засіданнях дистанційно. Оскільки за умов використання існуючих автоматизованих систем документообігу в судах неможливо повноцінно (без використання паперових носіїв) працювати виключно з електронними документами (починаючи з приймання документів і закінчуючи формування електронного архіву судових справ), перехід до проведення суддями розгляду справи за матеріалами судової справи в електронній формі також потребує певного часу.

Запровадження ЄСІТС має бути адаптовано до потреб кримінального судочинства та усіх аспектів роботи суддів. Процедура адаптації має бути здійснена з урахуванням різних категорій справ та рівнів їхньої складності. Так, основною метою запровадження підсистеми «Електронний суд», що входить до складу ЄСІТС є надання сторонам у справі гарантії доступу до правосуддя шляхом отримання повної, достовірної та своєчасної інформації з питань здійснення судочинства, з одного боку, та забезпечення можливого скорочення термінів розгляду справ шляхом прискорення проведення судом окремих процесуальних дій у зв'язку з наданням можливості оперативного отримання відповідної інформації від учасників справи або інших органів і установ відповідно до їх повноважень, з іншого боку. Більше того, терміни розгляду справ ніяким чином не залежать від форми їх розгляду (паперова або електронна). Таким чином, основною запорукою забезпечення ефективного розгляду в судах матеріалів судової справи в електронній формі є створення єдиного простору для формування електронних документів, їх обміну та забезпечення зберігання і використання електронного архіву документів»[887].

Варто зазначити, що єдиного простору для формування електронного документообігу не створено і це питання подальшого додаткового процесуального забезпечення кримінального провадження.

Єдиним та основним ідентифікатором для електронного документообігу в судах на сьогодні є єдиний унікальний номер справи, що

887

[887] Пояснювальна записка до проекту Закону «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо забезпечення поетапного впровадження Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи» № 8219 від 23.11.2022. URL: https://itd.rada.gov.ua/3840403a-af53-45bd-8c77-9dadd7c9a602

забезпечує реєстрацію та приналежність документів до конкретного кримінального провадження, є основою здійснення автоматизованого розподілу справи тощо. Згідно п. 2.2.4. Положення про АСДС: «Кожній судовій справі надається єдиний унікальний номер, який формується автоматизованою системою автоматично в суді першої інстанції, а в разі надходження заяви про визначення підсудності, поданої до пред'явлення позову, — в суді, до якого надійшла така заява. Єдиний унікальний номер залишається незмінним незалежно від проходження судової справи в інстанціях чи надходження судової справи за підсудністю з іншого суду будь-якої юрисдикції, в тому числі в разі повторного надходження судової справи після її належного оформлення, та який повинен обов'язково вказуватися судами всіх інстанцій в судовому рішенні»[888]. За ідентифікатором ЄУН здійснюється автоматизований розподіл судових справ, визначається повноважний суд (колегія суддів).

Автоматизована система документообігу суду згідно Розділу ІІ Положення про автоматизовану систему документообігу, затвердженого Рішенням Ради суддів України від 11 листопада 2024 року № 39 забезпечує автоматизацію технологічних процесів обробки інформації в суді, а саме: реєстрацію та розподіл вхідної кореспонденції, реєстрацію вихідної кореспонденції, а також внутрішніх документів суду; розподіл судових справ між суддями (колегіями суддів), визначення запасного судді, слідчого судді та присяжних; взяття на контроль та здійснення контролю за виконанням вхідних та внутрішніх документів суду, інформування голови суду, керівника апарату суду та особи, відповідальної за опрацювання документа, про закінчення строків його виконання; фіксування етапів проходження документів до їх передачі в електронний архів, а також передачі судових справ з однієї судової інстанції до іншої; реєстрацію процесуальних дій та документів у судовій справі; контроль за дотриманням процесуальних строків розгляду судової справи та інформування головуючого судді (судді-доповідача), голови суду та секретаря судової палати про закінчення цих строків; використання КЕП для підписання оригіналу електронного документа суду; оперативний пошук судових справ та документів за їх реквізитами; індексацію документів та їх контекстний пошук; виготовлення та видачу копій судових рішень та виконавчих документів на підставі даних, що містяться в автоматизованій системі, в тому числі надсилання засобами електронного зв'язку електронних примірників судових рішень; зберігання текстів

888

[888] Положення про автоматизовану систему документообігу. Рішення Ради суддів України від 11.11.2024 № 39. URL: https://court.gov.ua/sudova-vlada/969076/polozhenniapasds/

судових рішень та інших документів, створених у автоматизованій системі; відправку електронних примірників судових рішень до ЄДРСР; надання в установленому законом порядку інформації про стан розгляду судових справ; підготовку та автоматичне формування статистичних даних, узагальнюючих, аналітичних показників, отриманих на підставі внесеної до автоматизованої системи інформації; формування звітності суду про стан здійснення судочинства; надсилання засобами електронного зв'язку оригіналів електронних документів суду (в тому числі текстів судових повісток у вигляді SMS-повідомлень); передачу судових справ до електронного архіву; надсилання оригіналів електронних документів суду до державних реєстрів та інформаційних систем інших державних органів і установ[889].

Водночас, хоч АСДС і вказує на функції, пов'язані з електронним документообігом, відсутні підстави вважати документи АСДС у конкретній справі відповідною електронною справою.

Фактично електронний суд заснований на використання матеріалів АСДС судів різних інстанцій, сформованих за ідентифікатором ЄУН, що і визначає приналежність тих чи інших матеріалів до конкретної справи. Тому подання документів через електронний кабінет, або ж надіслання відповідних документів фіксуються саме в АСДС (реєструються вхідна або вихідна кореспонденція) та відображається в електронному кабінеті учасника.

Як зазначають Н. В. Глинська та Д. І. Клепка, актуальним напрямом цифровізації кримінального судочинства є переведення документообігу в царині кримінального провадження в електронну форму (нагальна необхідність переведення документування кримінального провадження в електронний сегмент є базовою передумовою розробки електронного кримінального провадження)[890].

Зазначимо, що в контексті судового провадження документування в електронну форму проводиться саме шляхом реєстрації та наявності документів в електронному вигляді в АСДС відповідних судів. Тому електронний суд, що використовує зазначені документи, грунтується саме на з'єднанні АСДС різних судів у конкретній справі. Водночас, визначений Законом України «Про судоустрій і статус суддів» елемент ЄСІТС

889

[889] Положення про автоматизовану систему документообігу. Рішення Ради суддів України від 11.11.2024 № 39. URL: https://court.gov.ua/sudova-vlada/969076/polozhenniapasds/

[890] Глинська Н. В., Клепка Д. І. Цифровізація кримінального провадження: сучасні аспекти концептуалізації (частина 1). Питання боротьби зі злочинністю. 2022. Вип. 43. С. 39.

як обмін документами та інформацією (надсилання та отримання документів та інформації, спільна робота з документами) в електронній формі між судами, не визначений як процесуальним законодавством, так і Положенням про ЄСІКС.

За аналогією з процесуальними правилами ЄСІКС у інших видах судочинства необхідно доповнити ст. 35 КПК та встановити, що: «Суд проводить розгляд кримінального провадження за матеріалами у формах, визначених Положенням про Єдину судову інформаційно-комунікаційну систему та/або положеннями, що визначають порядок функціонування її окремих підсистем (модулів). Процесуальні та інші документи і докази в паперовій формі зберігаються в додатку до справи в суді першої інстанції та у разі необхідності можуть бути оглянуті учасниками справи чи судом першої інстанції або витребувані судом апеляційної чи касаційної інстанції після надходження до них відповідної апеляційної чи касаційної скарги».

Такі законодавчі зміни та доповнення нададуть можливість створити процесуальні умови використання електронної справи у випадку розгляду окремих матеріалів слідчими суддями під час досудового розслідування, матеріалів в порядку ст. 34 КПК, при оскарженні до суду вищої інстанції окремих процесуальних дій, або ж перегляду судових рішень по суті з використанням матеріалів кримінального провадження в електронній формі без фізичного надходження самої паперової справи. Зазначене питання не може вирішуватись однозначно, оскільки завжди буде залишатись необхідність в окремих випадках досліджувати справу саме в паперовій формі. Разом з тим, наявність лише технічної можливості мати доступ до електронних документів у справі не означає процесуальну можливість використовувати електронну справу і правила, за якими розгляд цих питань з використання документів АСДС в електронній формі мають бути чітко регламентовані саме в процесуальному законодавстві. Взаємодія між судами має здійснюватися в переважній більшості через електронний кабінет відповідного суду, у випадку надіслання процесуальних рішень та кореспонденції (зокрема, ухвал про витребування справи, запитів щодо надання інформації про учасників кримінального провадження, інша документація по справі).

Відсутність єдиного простору електронного документообігу, заснованого на відповідності матеріалів, наявних в АСДС судів та електронних кабінетах суддів не надає можливість досягти мети, а саме, досліджувати оскаржувані в апеляційних, касаційних скаргах питання засобами електронної справи. Це призводить до того, що технологічне приєднання матеріалів в електронному вигляді не надає можливості їх

процесуального застосування. Зазначене стосується того, що незалежно від того, який технологічно обсяг документів у справі буде доступний в електронному кабінеті судді (насамперед, суд апеляційної та касаційної інстанцій, суд першої інстанції у разі зміни підсудності) питання процесуального використання не містить регламентації у законодавстві, що знівельовує фактично технологічні здобутки доступності фрагментів електронної справи.

Повертаючись до уже висловленої пропозиції закріпити процесуальне поняття «Електронний кабінет судді», зазначимо, що можливість перегляду матеріалів справи суддею суду апеляційної або касаційної інстанцій в електронному кабінеті судді, не надає процесуальних можливостей здійснювати їх аналіз та оцінку. Тому, необхідним є визначення загального правила про те, що у разі використання ЄСІКС (на стадії вирішення питання про відкриття провадження в суді апеляційної чи касаційної інстанції, перевірки доводів про порушення процесуального законодавства) дослідження матеріалів досудового розслідування чи судового провадження, наявного у такій системі, може здійснюватися з використанням доступу до них через цю систему.

Важливим є питання цифровізації кримінального провадження в частині використання усіх можливих засобів для забезпечення права на справедливий суд в контексті належного сповіщення про виклик до суду, можливості суду направляти документи в електронному вигляді учасників як альтернативи поштового зв'язку.

За загальним правилом, визначеним у ч. 1 ст. 135 КПК особа викликається до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду шляхом вручення повістки про виклик, надіслання її поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком, здійснення виклику по телефону або телеграмою.

Водночас, згідно ч. 9 ст. 135 КПК особа має отримати повістку про виклик або бути повідомленою про нього іншим шляхом не пізніше ніж за три дні до дня, коли вона зобов'язана прибути за викликом. У випадку встановлення цим Кодексом строків здійснення процесуальних дій, які не дозволяють здійснити виклик у зазначений строк, особа має отримати повістку про виклик або бути повідомленою про нього іншим шляхом якнайшвидше, але в будь-якому разі з наданням їй необхідного часу для підготовки та прибуття за викликом.

Також згідно вимог ст. 35 КПК у разі якщо особа подала заяву через Електронний суд про здійснення виклику в конкретному кримінальному провадженні з використанням ЄСІКС, то за наявності технічної можливості така особа викликається шляхом надсилання їй текстових

повідомлень у порядку, визначеному Положенням про ЄСІКС та/або положеннями, що визначають порядок функціонування окремих підсистем (модулів) ЄСІКС.

Питання про належне сповіщення в практиці є неоднозначним. Так, наприклад, постановою ККС від 18.06.2025 у справі № 202/19697/23 скасовано ухвалу апеляційного суду на новий розгляд з таких підстав: «Приписами статей 342, 345, 405 КПК передбачено, що суд апеляційної інстанції перед початком судового розгляду повинен з'ясувати, чи вручені судові повістки та повідомлення тим особам, які не прибули у судове засідання. Проте, з матеріалів кримінального провадження вбачається, що зазначених вимог кримінального процесуального закону апеляційний суд не дотримався, а доводи захисника про порушення права на захист засудженого ОСОБА_7 є слушними. Так, з аудіо-, відеозапису судового засідання № 3543366 від 28.10.2024 у підсистемі відеоконференцзв'язку ЄСІТС убачається, що в судовому засіданні ОСОБА_6 просила відкласти апеляційний розгляд для виклику ОСОБА_7, посилаючись на те, що обвинувачений бажав особисто взяти участь в судовому засіданні, виступити у судових дебатах та надати свої пояснення по апеляційній скарзі, але у зв'язку із тим, що він мешкає у Покровському районі Донецької області, де пошта не працює та з останнім не має мобільного зв'язку, а захисник не мала можливості з'ясувати, чи відомо ОСОБА_7 про дату та час проведення судового засідання, вважала що через вищезазначені причини він не мав змоги своєчасно повідомити суд про поважність причини своєї неявки до суду.

Вирішуючи питання про можливість проведення апеляційного розгляду без участі ОСОБА_7, апеляційний суд своє рішення мотивував тим, що останнього належним чином повідомлено про дату, час та місце апеляційного розгляду, в матеріалах кримінального провадження відсутнє його клопотання про особисту участь у розгляді провадження, а в апеляційній скарзі захисника не ставиться питання про погіршення становища обвинуваченого, який у судовому засіданні представлений захисником.

Згідно з Порядком надсилання судових повісток, повідомлень і викликів учасникам судового процесу в електронній формі, затвердженим наказом Державної судової адміністрації України № 28 від 23.01.2023, надсилання учасникам судового процесу судових повісток, повідомлень і викликів в електронній формі здійснюється шляхом направлення в месенджері за допомогою програмного додатка або SMS-повідомлення за допомогою автоматизованої системи документообігу суду. Судовий виклик надсилається учаснику судового процесу

за наявності відповідної заяви та технічної можливості. Форма заяви надається учаснику судового процесу в суді або самостійно завантажується ним з офіційної сторінки суду, розміщеної на офіційному веб-порталі судової влади України. В матеріалах провадженняміститься довідка про доставку sms-повідомлення щодо документу «Повістка про виклик до суду у кримінальному провадженні» на 28.10.2024 10:40 по справі № 202/19697/23, яка адресована обвинуваченому ОСОБА_7. Разом з цим, в матеріалах кримінального провадження відсутня заява ОСОБА_7 про намір отримання судової повістки в електронному вигляді за допомогою sms-повідомлення. Також відсутня і інформація, яка підтверджує належне повідомлення обвинуваченого про проведення апеляційного розгляду в зазначену дату іншими засобами, передбаченими КПК. [891].

У іншій справі колегія суддів ВС, скасовуючи ухвалу апеляційного суду зазначила, що: «апеляційний суд ухвалою від 09.02.2024 залишив без руху апеляційну скаргу захисника на вищезазначений вирок, надавши строк для усунення недоліків протягом 10 днів з дня отримання її копії. Копію цієї ухвали було надіслано захиснику на електронну адресу, яка, відповідно до наявної у матеріалах справи довідки про доставку електронного листа, складеної відповідальною особою, надійшла 12.02.2024.

Колегія суддів зазначила, що на даний час КПК урегульовано окремі питання комунікації між судом та учасниками кримінального провадження за допомогою ЄСІТС (ч. 2 ст. 35, ч. 1 ст. 135, ч. 1 ст. 136 КПК) та електронної пошти (ч. 2 ст. 136 КПК). Вони стосуються порядку надіслання копій матеріалів кримінального провадження, скарг, заяв, клопотань та інших передбачених законом процесуальних документів, що подаються до суду і можуть бути предметом судового розгляду та порядку здійснення виклику у кримінальному провадженні, при цьому, в окремих випадках, визначених вказаними правовими нормами лише за письмовою заявою особи. Водночас, кримінальний процесуальний закон не містить положень, зі змісту яких однозначно вбачалось би, що направлення судом за власної ініціативи копії судового рішення засобами електронного зв'язку (на адресу електронної пошти чи з використанням ЄСІТС) є належним її врученням учаснику кримінального провадження.

Суд може повідомляти учасника кримінального провадження про прийняте рішення шляхом направлення копії рішення на адресу

891

[891] Постанова ККС від 18.06.2025 у справі № 202/19697/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/128347409

електронної пошти чи з використанням ЄСІТС, однак лише за письмовою заявою такого учасника. Водночас, у матеріалах кримінального провадження відсутня письмова заява захисника про можливість комунікації із судом в електронній формі, на що наголошує захисник у своїй касаційній скарзі, а також відсутні будь-які дані про отримання, чи ознайомлення адресата зі змістом ухвали апеляційного суду про залишення апеляційної скарги без руху. Також матеріали кримінального провадження не містять даних про те, що апеляційний суд вжив заходів для з'ясування питання, чи отримав захисник копію ухвали про залишення апеляційної скарги без руху, чи направляв він на усунення недоліків відповідні матеріали або нову редакцію апеляційної скарги, зокрема засобами поштового зв'язку, що, в свою чергу, також підтверджує факт безпідставності висновків судді апеляційного суду щодо необхідності повернення апеляційної скарги захисника на підставі п. 1 ч. 3 ст. 399 КПК[892].

Таким чином, наявність електронного кабінету, використання особою такого кабінету як засобу комунікації з судом, без окремої заяви не надає право суду комунікувати з учасником кримінального провадження обраним ним самим способом.

Відсутність системного підходу до вирішення цих питань впливає на оперативність та якість здійснення судочинства, оскільки неможливість забезпечити належне сповіщення про виклик у судове засідання стає масовим явищем, не в останню чергу через колізійні норми КПК. Крім цього, необхідно враховувати особливості забезпечення поштового зв'язку в умовах воєнного стану на прифронтових територіях (в окремих випадках його відсутності), відсутність особи за місцем проживання, тощо. Непоодинокі випадки припинення відправлення судами поштової кореспонденції внаслідок відсутності бюджетних асигнувань і такі випадки не повинні блокувати процес забезпечення відправлення правосуддя. На жаль, матеріали судової статистики, що оприлюднюються ДСА не дають можливості провести повноцінне дослідження цих проблемних питань.

Водночас зазначимо, що ДСА щорічно оприлюднює звіт 1-мзс «Звіт місцевих загальних судів про розгляд судових справ». У цьому звіті обліковується окремим розділом питання відкладення судового розгляду. Так, наприклад, у 2024 р. причинами відкладення судового розгляду були: 1) нездійснення доставки до суду обвинуваченого, який тримається

892

[892] Постанова ККС від 02.09.2024 у справі № 202/9867/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/121502735

під вартою — 1934 випадки; неприбуття обвинуваченого — 62088 випадків; хвороба обвинуваченого — 1232 випадки; неприбуття прокурора — 2764 випадки; неприбуття захисника — 9169 випадків; неприбуття свідків, потерпілих — 17003 випадки; неприбуття інших учасників кримінального провадження — 6626 випадків; інші підстави — 288351 випадок[893]. Загалом в суді першої інстанції обліковано більше 389 тисяч випадків відкладення судового розгляду. У 2023 р. цей зведений показник складав більше 376 тисяч[894]; у 2022 році — більше 332 тисяч випадків[895]. Таким чином, простежується збільшення числа відкладень судових засідань за останні три роки, що не дозволяє говорити про відповідність такої фактичної ситуації загальній засаді кримінального провадження щодо дотримання розумних строків. Недотримання таких строків констатовано ЄСПЛ як системна проблема у кримінальному судочинстві, що обумовлює необхідність вирішувати такі проблемні питання, в тому числі і засобами цифровізації кримінального провадження, усунення недоліків правового регулювання, що використовуються учасниками як вид зловживання процесуальними правами.

В цьому контексті наведемо такий приклад судової практика щодо вирішення питання про належне сповіщення у кримінальному провадженні. Так, у справі № 591/4693/15 ККС розглядав касаційну скаргу потерпілої ОСОБА_5 на ухвали Зарічного районного суду м. Сум від 19.12.2022 та Сумського апеляційного суду від 08.04.2024. У скарзі потерпіла зазначила, що всупереч приписам частин 1, 9 ст. 135, ч. 1 ст. 136, пунктів 3, 8 ч. 1 ст. 138, ч. 6 ст. 340 КПК місцевий суд не повідомив у встановленому законом порядку про дату, час і місце судового засідання, в якому за її відсутності та без згоди безпідставно закрив кримінальне провадження стосовно ОСОБА_7. У судові засідання з 10.09.2019 до 13.04.2021 вона не прибула з поважних причин, у цей період розгляд справи відкладався також через неприбуття сторони захисту, а з 14.04.2021 до 19.12.2022 скаржницю не викликали й у матеріалах провадження відсутні дані, котрі би підтверджували обізнаність ОСОБА_5 про виклик до суду; заявок на отримання судових повісток в електронному вигляді за допомогою SMS-повідомлення вона до суду не подавала.

893

894

895

[893] Звіт місцевих загальних судів про розгляд судових справ. № 1-мзс. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvit_dsau_2024

[894] Звіт місцевих загальних судів про розгляд судових справ. № 1-мзс. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvit_dsau_2023

[895] Звіт місцевих загальних судів про розгляд судових справ. № 1-мзс. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvit_dsau_2022

Залишаючи судові рішення у справі без змін ВС вказав, що упродовж судового розгляду всупереч твердженням у касаційній скарзі ОСОБА_5 повідомляли про час, місце та дату слухання справи телефонограмами. Після того як потерпіла перестала відповідати на телефонні дзвінки секретаря, виклики її в судові засідання, у тому числі, у призначене на 19.12.2022 здійснювалися за допомогою SMS-повідомлень. Згідно з представленою в справі довідкою таке повідомлення було доставлено ОСОБА_5 22 листопада 2022 року. Суд першої інстанції також направляв повістки за місцем проживання ОСОБА_5 .

Аргументи в касаційній скарзі ОСОБА_5 про те, що виклик у судове засідання за допомогою SMS-повідомлень за відсутності на це її письмової згоди суперечить приписам КПК та є необґрунтованими.

За змістом ч. 1 ст. 135, ч. 1 ст. 136 КПК особа викликається до суду шляхом вручення повістки про виклик, надіслання її поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком, здійснення виклику по телефону або телеграмою. Належним підтвердженням отримання особою повістки про виклик або ознайомлення з її змістом іншим шляхом є розпис особи про отримання повістки, в тому числі на поштовому повідомленні, відеозапис вручення особі повістки, будь-які інші дані, які підтверджують факт вручення особі повістки про виклик або ознайомлення з її змістом. У своїх рішеннях Верховний Суд раніше виснував, що якщо учасник справи надав суду телефон та електронну адресу, зазначивши їх у скарзі, то можна припустити, що він не заперечує, щоб ці засоби комунікації використовувалися судом. Це, у свою чергу, покладає на особу обов'язок отримувати повідомлення і відповідати на них. Отже, суд, який комунікує з учасником справи за допомогою вказаних ним засобів зв'язку, діє правомірно й добросовісно (постанова ВС від 28.06.2023, справа № 757/48467/21).

Також суд вказав на факт необхідності добросовісно користуватися належними їй процесуальними правами та неухильно виконувати процесуальні обов'язки. У згаданій справі встановлено, що в позовній заяві ОСОБА_5 про стягнення з ОСОБА_7 завданої шкоди, наданій суду представником потерпілої, а також у письмових клопотаннях до суду зазначено як засіб зв'язку її номер телефону; остання неодноразово отримувала повідомлення про виклик до суду телефоном і жодних зауважень щодо цього не висловлювала. Надалі саме на цей номер телефону надсилали SMS-повідомлення, які було доставлено потерпілій (відповідні довідки є у матеріалах провадження). У той же час упродовж розгляду справи в місцевому суді потерпіла користувалася послугами адвоката, якого також викликали до суду. Отже, за окреслених обставин немає

підстав уважати, що ОСОБА_5 не була обізнана про час і дату судових засідань.

Наведене свідчить про те, що потерпіла свідомо не скористалася своїм правом підтримувати обвинувачення, фактично відмовилася від його реалізації, не цікавилася процесом розгляду справи судом, не вживала будь-яких заходів щодо активної участі в судових засіданнях і це також вплинуло на тривалість провадження за подіями 2007 р. За практикою ЄСПЛ сторона, яка задіяна в ході судового розгляду справи, зобов'язана з розумним інтервалом часу сама цікавитися провадженням у її справі, добросовісно користуватися належними їй процесуальними правами та неухильно виконувати процесуальні обов'язки (наприклад, рішення від 03.04.2008 у справі «Пономарьов проти України»).

З наведених підстав Суд зазначив, що за правилами ч. 6 ст. 340 КПК повторне неприбуття в судове засідання потерпілого, який був викликаний у встановленому законом порядку, без поважних причин або без повідомлення про причини неприбуття після настання обставин, передбачених у частинах 2, 3 цієї статті, прирівнюється до його відмови від обвинувачення і має наслідком закриття кримінального провадження за відповідним обвинуваченням[896].

Повертаючись до правової позиції ВС, за якою якщо учасник справи надав суду телефон та електронну адресу, зазначивши їх у скарзі, то можна припустити, що він не заперечує, щоб ці засоби комунікації використовувалися судом. Це, у свою чергу, покладає на особу обов'язок отримувати повідомлення і відповідати на них. Отже, суд, який комунікує з учасником справи за допомогою вказаних ним засобів зв'язку, діє правомірно й добросовісно, варто зазначити, що процесуальний порядок, за яким особа надає суду усі наявні засоби комунікації, використовує електронний кабінет, паралельно з цим електронну пошту, проте зворотній зв'язок має здійснюватися в паперовому вигляді, суперечить основам змішаного документообігу, який фактично реалізовано в законодавстві.

Очевидно, що побудова належної комунікації особи з судом має бути заснована на виборі способу, а суд, в свою чергу має мати впевненість у тому, що обраний особою спосіб комунікації діє як для випадків отримання документів та повідомлень, так і для випадків їх надіслання.

Важливим є питання цифровізації та встановлення нових вимог для інформування учасників кримінального провадження про судові

896

[896] Постанова ККС від 23.01.2025 у справі № 591/4693/15. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/124718067

засідання. Війна з 2014 р. внесла свої корективи у традиційний спосіб повідомлення учасників на території України, адже з 2014 р. окремі території набули правового статусу тимчасово окупованих. Варто зазначити, що комунікація суду у кримінальному провадженні через електронний кабінет для окремих територій була введена Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обов'язкової реєстрації та використання електронних кабінетів в Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі або її окремій підсистемі (модулі), що забезпечує обмін документами» від 29.06.2023 № 3200-IX[897].

Цим законом доповнено ст. 1^1 Закону «Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку з проведенням антитерористичної операції» та ст. 12^1 Закону «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» порядком інформування учасників судового провадження та порядок надіслання судових рішень у тих справах, за якими остання відома адреса місця проживання (перебування), місцезнаходження чи місця роботи учасників справи знаходиться на ТОТ, або на території, де проводиться антитерористична операція. У цих випадках суд викликає або повідомляє учасників справи, які не мають електронного кабінету, про дату, час і місце першого судового засідання у справі через оголошення на офіційному веб-порталі судової влади України, яке повинно бути розміщене не пізніше ніж за двадцять днів до дати відповідного судового засідання. Водночас, фактично застосоване правило, що у випадку наявності електронного кабінету у таких випадках процесуальні дії здійснюються через електронний кабінет, що обумовлено відсутністю поштового зв'язку на вказаних територіях України.

Питання запровадження повноцінної електронної справи в кримінальному провадженні станом на сьогодні є недосяжним завданням, оскільки йдеться не лише про розгляд справи, а й про її виконання, зберігання та передачу у відповідний державний архів. Водночас, слід розглядати питання про можливість розгляду в електронній формі проваджень за скаргами в кримінальному провадженні, що розглядаються окремо від справи та матеріалів, постановлених на стадії досудового

[897] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обов'язкової реєстрації та використання електронних кабінетів в Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі або її окремій підсистемі (модулі), що забезпечує обмін документами: Закон України від 29.06.2023 № 3200-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3200-20#Text

897

розслідування, виконання судових рішень (постановлених в порядку ст. 537 КПК), розгляд матеріалів про направлення кримінального провадження з одного суду до іншого тощо.

Наприклад, у п. 49 положення про «іКейс» визначено, що «слідчі судді Вищого антикорупційного суду, визначені для розгляду клопотання, заяви, інших матеріалів, які надійшли до суду шляхом інтеграції із Системою, можуть досліджувати матеріали поданих їм процесуальних документів безпосередньо у Системі або із використанням системи, яка функціонує в суді відповідно до ст. 35 КПК»[898]. Зазначимо, що електронний кабінет судді має відтворювати в контексті матеріалів справи інформацію з системи, яка функціонує в судах усіх інстанцій відповідно до ст. 35 КПК за ідентифікатором ЄУН справи. Таким чином, використання цієї системи обумовлює право на повноцінне дослідження електронної справи.

Таким чином, йдеться не тільки і не стільки про мету — *paperless* у кримінальному провадженні, а про використання засобів цифровізації для максимального пришвидшення організаційних процедур забезпечення здійснення кримінального провадження, дотримання розумних його строків, належного та швидкого інформування учасників процесу, надання учасникам широких можливостей для реалізації прав та обов'язків, пришвидшення взаємодії судів з державними органами та пошуку шляхів подолання випадків зловживання процесуальними правами.

Підлягає процесуальному закріпленню принцип комунікації суду з учасниками провадження в той спосіб, який учасник обрав для звернення до суду. Варто наголосити, що наявне у ст. 35 КПК положення, за яким адвокати, нотаріуси, приватні виконавці, арбітражні керуючі, судові експерти, органи державної влади, органи місцевого самоврядування реєструють офіційні електронні адреси в Єдиній судовій інформаційно-комунікаційній системі та/або її окремих підсистемах (модулях) в обов'язковому порядку. Інші особи реєструють офіційні електронні адреси в ЄСІКС та/або її окремих підсистемах (модулях) в добровільному порядку, для цілей застосування в кримінальному провадженні є мало ефективним. Так, у цій же статті встановлено, що Реєстрація в ЄСІКС та/або її окремих підсистемах (модулях) не позбавляє права на подання документів до суду в паперовій формі в порядку, визначеному цим

898

[898] Положення про інформаційно-телекомунікаційну систему досудового розслідування «іКейс», затверджене Наказом НАБУ, ОГП, РСУ, ВАКС від 15.12.2021 у справі № 175/390/57/72. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0390886-21#Text

Кодексом. Зазначене положення суттєво відмінне від інших процесуальних кодексів, за правилами яких зазначені суб'єкти зобов'язані не лише зареєструвати, а і подавати процесуальні документи через електронні кабінети.

На практиці особа подає процесуальні документи через електронний суд, а відповідь вимагає на поштову адресу. Не використання ЄСІКС цими суб'єктами не тягне за собою жодних процесуальних механізмів впливу зі сторони суду. Тому п. 17 Положення про ЄСІКС, згідно якого особам, які зареєстрували Електронний кабінет в ЄСІТС, суд вручає будь-які документи у справах, у яких такі особи беруть участь, виключно в електронній формі шляхом їх надсилання до Електронного кабінету таких осіб, що не позбавляє їх права отримати копію судового рішення в паперовій формі за окремою заявою, у кримінальному судочинстві не застосовний.

Обраний законодавцем спосіб використання електронного кабінету у кримінальному провадженні не можна вважати ефективним. Тому подальший шлях цифровізації у цій сфері має в результаті закріпити принцип комунікації суду з учасниками провадження в той спосіб, який учасник обрав для звернення до суду. В проміжному вигляді можливим видається зобов'язати використовувати як засіб комунікації з судом електронний кабінет для державних органів та учасників кримінального провадження, чия праця фінансується з державного бюджету (наприклад, йдеться про безоплатну правову допомогу).

Варто зазначити, що питання цифровізації судочинства має слугувати виконанню завдань кримінального провадження, визначених у ст. 2 КПК та забезпечувати ефективне правосуддя за різних обставин. Наприклад, у проекті Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану від 16.05.2024 № 11265 КПК пропонувалось доповнити КПК ст. 640 та встановити порядок здійснення судового провадження щодо кримінальних проваджень, матеріали яких в цілому або їх окремі частини були знищені, втрачені внаслідок збройної агресії проти України, тимчасової окупації окремих територій України або перебувають у володінні незаконних органів (посадових, службових осіб). У ч. 1 ст. 640 КПК було запропоновано встановити, що: «Для розгляду питання про відновлення матеріалів кримінального провадження суд вживає заходи для одержання наявної інформації щодо відповідного кримінального провадження з системи документообігу суду, на розгляді якого воно перебувало, або інших програмно-апаратних комплексів ДСА (автоматизованої

системи)»[899]. В автоматизованих системах документообігу суду зберігається фактично уся інформація щодо кримінального провадження. У п. 1.2.1 Положення про автоматизовану систему документообігу суду, затвердженого рішенням Ради суддів України від 11.11.2024 № 39 автоматизована система — сукупність комп'ютерних програм і відповідних програмно-апаратних комплексів судів та ДСА, що забезпечує функціонування документообігу суду, обіг інформації між судами різних інстанцій та спеціалізацій, передачу інформації до центральних баз даних залежно від спеціалізації судів, захист від несанкціонованого доступу тощо[900]. Слід зазначити, що хоч вищевказаний законопроєкт не було прийнято, проблема необхідності забезпечення додаткового процесуального механізму відновлення втрачених проваджень нікуди не зникла. Оскільки АСДС суду відображає сукупність та зміст документів, що становлять собою матеріали справи, наведений механізм є по суті не лише самим надійним способом належного відновлення матеріалів, але й самим швидким та безстороннім.

III. Відеоконференцзв'язок. Дистанційне судове провадження може здійснюватися в судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій під час здійснення судового провадження з будь-яких питань, розгляд яких віднесено до компетенції суду.

У ст. 336 КПК регламентовано порядок проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження. Судове провадження може здійснюватися у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційне судове провадження), у разі: 1) неможливості безпосередньої участі учасника кримінального провадження в судовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин; 2) необхідності забезпечення безпеки осіб; 3) проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого; 4) необхідності вжиття таких заходів для забезпечення оперативності судового провадження; 4[1]) введення воєнного стану або під час карантину, встановленого КМУ; 5) наявності інших підстав, визначених судом достатніми.

899

[899] Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану : проєкт Закону № 11265 від 16.05.2024. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/44217

900

[900] Положення про автоматизовану систему документообігу. Рішення РСУ від 11.11.2024 № 39. URL: https://court.gov.ua/sudova-vlada/969076/polozhenniapasds/

Згідно п. 45 Положення про ЄСІКС підсистема відеоконференцзв'язку забезпечує: 1) відео- та звукозапис судових засідань, бронювання (резервування) залів судових засідань, можливість подання учасниками справи під час проведення судового засідання в режимі відеоконференції документів (у тому числі процесуальних документів, письмових та електронних доказів тощо); 2) можливість користувачам брати участь у засіданнях інших органів та установ системи правосуддя в режимі відеоконференції. Особливості порядку проведення таких засідань можуть встановлюватися відповідними органами та установами системи правосуддя.

У п. 13 Висновку Консультативної ради європейських суддів № 14 (2011) «Судочинство та інформаційні технології» наголошено, що: «використання ІТ в судочинстві — це особливо важлива тема в сфері міжнародної та європейської співпраці. ІТ можуть використовуватися в сфері обміну необхідними відомостями, запитів до іноземних судів, повідомлень держав–членів щодо судових документів, а також для міжнародного дослідження доказів (наприклад, шляхом застосування відео-конференцзв'язку), КРЄС рекомендує державам розглянути можливість надання взаємного доступу до національних ІТ систем, створення таких систем, сумісних одна з одною. Це зможе стати гарантією, що ІТ здатні підняти на якісніший рівень співпрацю суддів в різних країнах та не створювати при цьому будь-яких перепон»[901].

Суд ухвалює рішення про здійснення дистанційного судового провадження за власною ініціативою або за клопотанням сторони чи інших учасників кримінального провадження. У разі якщо сторона кримінального провадження чи потерпілий заперечує проти здійснення дистанційного судового провадження, суд може ухвалити рішення про його здійснення лише вмотивованою ухвалою, обґрунтувавши в ній прийняте рішення. Суд не має права прийняти рішення про здійснення дистанційного судового провадження, в якому поза межами приміщення суду перебуває обвинувачений, якщо він проти цього заперечує, крім випадків здійснення дистанційного судового провадження в умовах воєнного стану.

Таким чином, процесуальне законодавство визначає можливість проведення дистанційного судового провадження виходячи з суб'єкта виявлення відповідної інціативи (суд, клопотання сторони чи інших учасників кримінального провадження); способу прийняття рішення у

901

[901] Судочинство та інформаційні технології: Висновок КРЄС № 14 (2011). URL: https://court.gov.ua/inshe/mss

випадку заперечення сторони кримінального провадження чи потерпілого (постановлення вмотивованої ухвали), відсутності права на проведення дистанційного судового провадження у випадку заперечення обвинуваченого, який перебуває поза межами приміщення суду; наявності права на здійснення дистанційного судового провадження навіть у такому випадку в умовах воєнного стану.

Питання правових наслідків заперечення обвинуваченого щодо проведення дистанційного судового провадження було предметом розгляду ОП ККС. У Постанові ОП ККС від 21.11.2022 у справа № 415/1698/12-к зроблено висновок, що: «З урахуванням положень ч. 2 ст. 336 КПК, які кореспондуються з вимогами ст. 85[3] КРК 1960 р., прийняття судом рішення про здійснення дистанційного судового провадження, в якому поза межами приміщення суду перебуває обвинувачений, який заявив клопотання про безпосередню участь у судовому розгляді, крім випадків здійснення дистанційного судового провадження в умовах воєнного стану, згідно приписів ст. 412 КПК є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону.

Якщо в силу захворювання стан здоров'я обвинуваченого перешкоджає його безпосередній участі в судовому засіданні або становить загрозу чи небезпеку життю, здоров'ю інших учасників судового процесу, необхідним є вжиття заходів щодо відкладення судового розгляду на строк, об'єктивно необхідний для їх усунення. У разі непереборності виниклих загроз, відповідно до вимог ст. 336 КПК, суд мотивованою ухвалою, з наведенням відповідного обґрунтування, повинен ухвалити рішення про проведення дистанційного судового провадження в режимі відеоконференції за участю обвинуваченого[902].

Водночас заперечення обвинуваченого щодо проведення дистанційного судового провадження без його участі безпосередньо в судовому засіданні під час воєнного стану не є підставою для відмови у проведенні судових засідань у режимі відеоконференції. Так, у постанові ВС від 22.11.2023 у справі № 464/1021/22 суд зазначив, що не вбачає упередженого ставлення у проведенні судових засідань у режимі відеоконференції, адже проведення судового розгляду у такому режимі, під час дії воєнного стану, повністю кореспондується з ч. 2 ст. 336 КПК, а саме по собі проведення процесуальних дій у такому режимі відеоконференції під час судового провадження не суперечить вимогам ЄКПЛ, нормам національного законодавства та є прийнятною формою участі в

902

[902] Постанова ОП ККС від 21.11.2022 у справі № 415/1698/12-к. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/107533687

судовому розгляді, яке не свідчить про порушення принципів його справедливості і публічності[903].

Водночас питання наявності воєнного стану в практиці судів не є виключною та безумовною обставиною застосування дистанційного судового провадження.

Наприклад, постановою ККС від 09.04.2024 у справі № 686/16408/20 скасовано рішення суду апеляційної інстанції з підстав того, що апеляційний суд не дотримався вимог статей 10, 22 КПК, не створив необхідних умов для виконання учасниками процесу своїх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав, та всупереч положень передбачених ч. 2 ст. 336 КПК належним чином не мотивував своє рішення про здійснення дистанційного судового провадження, що позбавило обвинуваченого ОСОБА_6 можливості реалізувати своє право на захист.

Встановлено, що у судовому засіданні 25.05.2023 обвинувачений ОСОБА_6 знову заявив клопотання, в якому наполягав на його безпосередній участі в судовому засіданні та зазначав, що через поганий зв'язок він нічого не чує. Однак у задоволенні клопотання було відмовлено з підстав уведення в Україні воєнного стану та неможливості конвоювання обвинуваченого до зали судових засідань і апеляційний суд продовжив розгляд за участю останнього в режимі відеоконференції. При цьому апеляційний суд, постановляючи ухвалу про проведення судового засідання в режимі відеоконференції від 10.03.2023 і, відмовляючи ОСОБА_6 в судовому засіданні в задоволенні клопотання про його конвоювання до зали суду, жодним чином не умотивував, які саме обставини, пов'язані з уведенням воєнного стану, перешкоджають забезпеченню безпосередньої участі в судовому засіданні обвинуваченого ОСОБА_6.

Колегія суддів вказала, що КПК не формалізує, яким чином обвинувачений має заперечувати проти застосування відеоконференції. Допустимим є заперечення в будь-якій формі, де є явним волевиявлення особи про те, що вона бажає бути особисто присутньою в суді. Тому, якщо обвинувачений у своєму клопотанні прямо виявив бажання про безпосередню участь в апеляційному розгляді справи, то це свідчить про те, що він заперечує свою участь у судовому засіданні із застосуванням відеоконференції.

У даному кримінальному провадженні встановлено, що обвинувачений ОСОБА_6 бажав особисто брати участь у судовому засіданні про що подав письмові клопотання та заявляв під час апеляційного розгляду, не

903

[903] Постанова ККС від 22.11.2023 у справі № 464/1021/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/115238785

погоджуючись із проведенням судового засідання в режимі відеоконференції у зв'язку з тим, що в ДУ «Хмельницький слідчий ізолятор» відсутні належні умови для проведення відеозв'язку[904].

Враховуючи наведене, застосування дистанційного судового провадження в умовах воєнного стану не звільняє суд від обов'язку відповідним чином мотивувати прийняте рішення з урахуванням вимог безпеки чи інших обставин, що зумовлюють обрання такого виду здійснення судочинства.

За правилами ч. 3 ст. 336 КПК застосовувані в дистанційному судовому провадженні технічні засоби і технології мають забезпечувати належну якість зображення і звуку, дотримання принципу гласності та відкритості судового провадження, а також інформаційну безпеку. Учасникам кримінального провадження має бути забезпечена можливість чути та бачити хід судового провадження, ставити запитання і отримувати відповіді, реалізовувати інші надані їм процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки, передбачені цим Кодексом.

Відсутність належної якості зображення і звуку є порушенням права на справедливий суд. Так, наприклад, постановою ККС від 09.04.2024 у справі № 686/16408/20 скасовано рішення суду апеляційної інстанції з підстав не забезпечення належної якості звуку. Судом наголошено, що під час застосування відеоконференції має забезпечуватися не просто формальна присутність обвинуваченого в залі судового засідання, а саме ефективна участь у судовому процесі, яка включає в себе перш за все право бачити, чути та спостерігати за тим, що відбувається в судовому засіданні без технічних перешкод («Марчелло Віола (*Marcello Viola*) проти Італії», заява № 45106/04). У справі встановлено, що судове засідання суд апеляційної інстанції 25.05.2023 провів в режимі відеоконференції без забезпечення належної якості звуку, на що неодноразово звертав увагу апеляційного суду обвинувачений ОСОБА_6. Отже, зазначені обставини позбавили можливості ОСОБА_6 ефективно брати участь у судовому процесі, висловлюватися на підтримку доводів своєї та апеляційної скарги захисника, виступати в судових дебатах і з останнім словом, що свідчить про формальну присутність обвинуваченого в ході апеляційного розгляду та призвело до порушення його права на захист, які є невід'ємною складовою права на справедливий суд (ст. 6 ЄКПЛ, ст. 21 КПК[905].

904

905

[904] Постанова колегії суддів ККС від 09.04.2024 у справі № 686/16408/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/118356575

[905] Постанова ККС від 09.04.2024 у справі № 686/16408/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/118356575

Оскільки судове провадження в судах усіх інстанцій обов'язково передбачає аудіо та відеофіксацію судового засідання, встановлення факту належної або не належної якості зображення та /або звуку здійснюється на підставі відповідних технічних записів, що є матеріалами справи.

Згідно вимог ч. 6 ст. 336 КПК ризики технічної неможливості участі в відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів, переривання зв'язку тощо несе учасник кримінального провадження, який подав відповідне клопотання. У юридичній літературі зазначається, що: «не зовсім зрозумілим є змістове навантаження такого положення, враховуючи, що наслідки переривання зв'язку та технічної неможливості участі особи у відеоконференції не передбачаються чинним законодавством»[906].

Водночас, у ст. 336 КПК встановлено, що у разі технічної неможливості участі в відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів, переривання зв'язку в учасника кримінального провадження, участь якого є обов'язковою, суд відкладає судовий розгляд. Якщо технічна неможливість участі в відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів, переривання зв'язку мають ознаки зловживання правом з метою затягування судового розгляду, суд своєю вмотивованою ухвалою може позбавити учасника кримінального провадження права участі в відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів у цьому кримінальному провадженні.

Так, наприклад, у випадках, коли участь захисника не є обов'язковою, а захисник в порядку ст. 336 КПК не може взяти/продовжити участь в судовому засіданні при з'ясуванні думки підзахисного, проведення або продовження такого розгляду за відсутності захисника відповідає вимог процесуального законодавства. Наприклад, постановою ККС від 14.02.2024 у справі № 183/6284/22 визнано безпідставним доводи захисника про порушення права на захист засудженого під час апеляційного розгляду, оскільки судове засідання проводилось без участі адвоката.

Судом встановлено, що засуджений не є особою, відповідно до положень ст. 52 КПК, щодо якої передбачено забезпечення обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні. Разом з тим, з матеріалів провадження слідує, зокрема з відеозапису судового засідання від

[906] Концептуальні основи цифровізації кримінального провадження України : монограф / за заг. ред. Н. В. Глинської ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса Нац. акад. прав. наук України. Харків : Право, 2024. С. 396.

31.07.2023, що колегія суддів перед початком апеляційного розгляду повідомила учасникам, в тому числі і присутньому ОСОБА_6, що адвокат ОСОБА_7 перебувала на відеоконференцзв'язку в порядку ст. 336 КПК, однак в подальшому з'єднання з нею встановити неможливо в силу відсутності в захисниці інтернету. На запитання суду чи можливо проводити розгляд апеляційної скарги сторони обвинувачення за відсутності адвоката ОСОБА_7, засуджений ОСОБА_6 відповів згодою та не заперечував продовжувати апеляційний розгляд без участі свого адвоката. Таким чином, не встановлено порушень норм матеріального чи процесуального права, які би були безумовними підставами для скасування судового рішення[907]. У випадках обов'язкової участі учасника кримінального провадження, технічна неможливість участі в відеоконференції має наслідком відкладення судового розгляду.

У монографії «Концептуальні основи цифровізації кримінального провадження України» (2024 р.) наведено позицію, що: «законодавцю необхідно дуже виважено підходити до унормування питання неможливості участі особи в дистанційному судовому розгляді поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів. У врегулюванні цього питання мають бути неодмінно збалансовані інтереси кримінального провадження та особи. Можна висловити пропозицію щодо оголошення перерви у судовому розгляді до з'ясування можливості відновлення зв'язку, і лише за умови неможливості поновити з'єднання — перенести судовий розгляд з урахуванням строків, установлених законом, на розгляд того чи іншого питання»[908]. Погоджуючись з наведеною точкою зору зазначимо, що питання застосування відеоконференцзв'язку є в більшій мірі правом учасників на участь в провадженні без необхідності явки до суду. Наявність перешкод у реалізації права на справедливий суд, питання забезпечення ефективного права на захист, тощо хоч і є проблемними, водночас необхідно враховувати, що у ст. 336 КПК відсутні зобов'язальні норми для суду щодо проведення дистанційного судового провадження. У випадку затягування судового розгляду суд може позбавити учасника кримінального провадження права участі в відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів у цьому кримінальному провадженні та визнати явку конкретного учасника в судове засідання обов'язковою.

907

[907] Постанова ККС від 14.02.2024 у справі № 183/6284/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/117074349

[908] Концептуальні основи цифровізації кримінального провадження України. Там само. С. 399.

Враховуючи наведене, вважаємо, що регламентація у ст. 336 КПК видів відеоконференцзв'язку, їх підстав є достатньою, а спірні питання можуть бути визначені відповідною сталою судовою практикою.

У 2024 р. підстави застосування дистанційного судового провадження було розширено. Зокрема, у ч. 7 ст. 336 КПК було встановлено, що допит свідка, потерпілого, спеціаліста може здійснюватися у судовому засіданні в режимі відеоконференції виключно у приміщенні суду, визначеному судом. У виключних випадках в умовах воєнного або надзвичайного стану суд має право допитати свідка, потерпілого в судовому засіданні в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів. Зазначені особливості обумовлено воєнним станом, міграційним процесами в державі.

Україна 19.09.2025 підписала Третій додатковий протокол до Європейської Конвенції про правову допомогу у кримінальних справах, що передбачає, зокрема, спрощення та прискорення процедур взаємної допомоги; розширення переліку випадків, у яких держави-підписанти можуть запитувати взаємну допомогу; ширше застосування електронних комунікацій і відеоконференцій (наприклад, е-докази, допити онлайн); дозвіл на застосування технічних засобів спостереження (наприклад, GPS-трекінг, перехоплення телекомунікацій)[909] З огляду на необхідність подальшої імплементації положень Третього додаткового протоколу до Європейської Конвенції про правову допомогу у кримінальних справах слід звернути увагу доцільність розширення питань застосування відеоконференцзвязку. Так, у статті 567 КПК визначено порядок допиту шляхом проведення відео- або телефонної конференції за запитом компетентного органу іноземної держави та за запитом компетентного органу України. За правилами статті 336 КПК, особа може взяти участь у судовому провадженні дистанційно через підсистему «Відеоконференцзв'язок», що є частиною ЄСІКС, зокрема з використанням власних технічних засобів у порядку, передбаченому частинами четвертою — шостою цієї статті. На відміну від ст. 336 КПК, ст. 567 цього Кодексу не передбачає процесуальної можливості учасника судового провадження використати власні технічні засоби для участі у відеоконференції під час судового провадження.

Ураховуючи значну кількість громадян України, які під час воєнного стану перебувають за межами держави, доцільно під час імплементації Третього додаткового протоколу до Європейської Конвенції про

909

[909] Україна приєдналася до Валлеттського протоколу щодо модернізації міжнародної співпраці в розслідуванні злочинів. URL: https://surl.li/iufvyb

правову допомогу у кримінальних справах розглянути питання про регламентацію можливості громадян, які перебувають за кордоном, узяти участь у судовому провадженні з використанням власних технічних засобів через підсистему «Відеоконференцзв'язок», доповнивши відповідними положеннями статтю 567 КПК та спростити порядки міжнародно-правової взаємодії у нормах КПК.

IV. Єдиний державний реєстр судових рішень. ЄДРСР — державна інформаційна система, що входить до складу ЄСІКС і забезпечує збирання, облік (реєстрацію), накопичення, зберігання, захист, пошук та перегляд інформаційних ресурсів Реєстру та їх образів. З дня початку функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи Реєстр переходить до її складу. Станом на сьогодні ЄДРСР функціонує окремо від модулів ЄСІКС.

Згідно положень розділу VI порядку ведення ЄДРСР інформаційні ресурси Реєстру зберігаються у вигляді електронних даних, які за допомогою програмно-апаратних засобів можуть бути перетворені у візуальну форму. Електронні примірники судових рішень та окремих думок суддів є документами безстрокового зберігання.

ЄДРСР слугує, окрім іншого, джерелом отримання інформації про наявність судових рішень, їх статус (законну силу) для державних органів та зацікавлених осіб з урахуванням вимог Закону «Про доступ до судових рішень». При цьому інтеграція вказаного реєстру з іншими державними реєстрами має забезпечувати повноцінне використання інформації без додаткового звернення до судів. Зокрема, відповідно до частини першої статті 3 Закону «Про доступ до судових рішень» для доступу до судових рішень судів загальної юрисдикції ДСА забезпечує ведення ЄДРСР. Згідно з п. 13 ч. 1 ст. 3 Закону «Про Вищу раду правосуддя» Порядок ведення ЄДРСР затверджує ВРП.

Відповідно до ч. 6 ст. 4 Закону «Про доступ до судових рішень» право на доступ до інформаційних ресурсів Реєстру мають посадові чи службові особи, визначені порядком ведення Реєстру[910]. Рішенням ВРП від 19.04.2018 № 1200/0/15-18 затверджено Порядок ведення ЄДРСР (далі — Порядок), до якого в подальшому вносилися зміни.

Згідно вимог розділу VII Порядку Інформаційна взаємодія між Реєстром та іншими державними електронними інформаційними ресурсами здійснюється інформаційно — телекомунікаційними засобами в електронній формі у порядку, визначеному спільним актом володільця

910

[910] Про доступ до судових рішень : Закон України від 22.12.2005 № 3262-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3262-15#Text

інформації Реєстру та відповідного державного органу (установи), згідно з яким надсилаються електронні копії електронних примірників судових рішень, які безпосередньо стосуються здійснення відповідним державним органом (установою) визначених законом повноважень.

У п. 2 розділу XIII Порядку встановлено, що під час інформаційної взаємодії, визначеної розділом VII цього Порядку, передаються виключно електронні документи або їх образи, для яких сформовані всі реєстраційні відомості відповідно до пункту 3 розділу II цього Порядку.

В порядку ведення ЄДРСР в розділі IX регламентовано порядок та визначено суб'єкти, яким забезпечується надання повного доступу до ЄДРСР. Повний доступ до інформаційних ресурсів Реєстру забезпечується за допомогою електронного кабінету виключно для авторизованих користувачів.

Дозвіл на повний доступ до інформаційних ресурсів Реєстру надається суддям, працівникам апаратів судів, зокрема для забезпечення видачі копій судових рішень із Реєстру згідно з вимогами цього Порядку, членам ВРП та уповноваженим працівникам секретаріату ВРП, ВККС, уповноваженим особам НАБУ, НАЗК, АРМА, ДБР, СБУ, НПУ, Державної прикордонної служби України, Офісу Президента України, що здійснюють підготовку матеріалів до розгляду Комісією при Президентові України у питаннях помилування, ОГП, Міністерства оборони України, Головного управління розвідки Міністерства оборони України, БЕБ, ДСА та її територіальних органів, працівникам адміністратора.

Враховуючи наведене, в Законі «Про доступ до судових рішень» та прийнятому на його виконання Порядку ведення ЄДРСР визначено порядок доступу правоохоронних органів до судових рішень, що є визначеним способом реалізації такими органами своїх повноважень (йдеться про доступ до судових рішень, правова підстава якого визначена в профільних законах НАБУ НПУ, СБУ, ДБР, БЕБ в межах оперативно-розшукової діяльності, інформаційно-аналітичної діяльності (для БЕБ, НАБУ, ДБР). Цей спосіб доступу до судових рішень може бути використаний і у випадках, коли ці правоохоронні органи потребують доступу до судових рішень при реалізації повноважень слідчого або дізнавача в межах досудового розслідування кримінального провадження на підставі статей 40 і 93 КПК (слідчий), або ж 40^1 і 93 КПК (дізнавач).

Для реалізації електронної взаємодії органів державної влади з ЄДРСР та усунення випадків звернення до судів з вимогами надати копії судових рішень у кримінальних провадженнях необхідно у порядку ведення ЄДРСР в розділі IX встановити, що суб'єкти, яким забезпечується надання повного доступу до ЄДРСР, реалізують повноваження

на отримання копій судових рішень шляхом отримання таких електронних копій з ЄДРСР на підставі застосування уповноваженими особами таких органів повного доступу до Реєстру.

В свою чергу, судді мають мати безперешкодний доступ та за запитом отримувати невідкладно в електронному вигляді інформацію (в електронний кабінет судді) з будь-яких державних реєстрів та баз даних, зокрема з Єдиного державного демографічного реєстру; Єдиного державного реєстру транспортних засобів; Державного реєстру речових прав на нерухоме майно; Державного реєстру обтяжень рухомого майна; Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань; Державного реєстру фізичних осіб-платників податків; Єдиного державного вебпорталу електронних послуг та використовувати в процесуальній діяльності. За умови створення електронних кабінетів суддів за статусом (а не за принципом реєстрації фізичної особи), ідентифікація та повний доступ буде здійснюватися саме за таким принципом та без процедурних зволікань.

Таким чином, окремим напрямом цифровізації кримінального провадження слід визначити подальшу інтеграцію державних реєстрів судової влади (ЄДРСР) з іншими державними реєстрами, визначення електронної інформаційної взаємодії органів шляхом визначення порядку та підстав отримання інформації в електронному вигляді, а також створення механізмів вчинення шляхом взаємодії юридично значимих дій. Наприклад, ЄДРСР має взаємодіяти по характеру виконання постановлених судових рішень автоматично з Державним реєстром речових прав на нерухоме майно, Державним реєстром обтяжень рухомого майна, Єдиним державним реєстром транспортних засобів щодо виконання судових рішень про арешт майна або його скасування. Електронна інформаційна взаємодія ЄДРСР та Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, а також Державного реєстру обтяжень рухомого майна має бути заснована на можливості миттєвого виконання постановленого судового рішення як про арешт конкретного майна, так і про зняття арешту на майно.

Електронна інформаційна взаємодія державних реєстрів, інших баз даних, надасть можливість здійснити часткову цифровізацію адміністративних процедур, виконавчого провадження, отримувати суддям інформацію, необхідну для забезпечення розгляду кримінального провадження, що сприятиме виконанню завдань кримінального провадження, визначених у ст. 2 КПК. Таким чином, для нормативного визначення загального процесуального порядку електронної інформаційної взаємодії суду з державними реєстрами ч. 1 ст. 35 КПК необхідно

доповнити новим абзацом та встановити, що: «Електронна інформаційна взаємодія суду в межах кримінального провадження з державними реєстрами, базами даних, здійснюється в порядку, визначеному законодавством».

Висновки.

1. Аналіз поточного стану забезпечення цифровізації кримінального провадження показав, що рівень процесуального регулювання цифровізації у кримінальному судочинстві суттєво нижчий, ніж в інших судових юрисдикціях. Станом на 2025 р. модель цифровізації кримінального провадження перебуває на етапі затверджених концепцій, стратегій, планів, водночас подальша цифровізація кримінального провадження є одним із міжнародних зобов'язань держави як кандидата в члени ЄС.

2. Проведені технологічно та частково нормативно процеси цифровізації вказують, зокрема, на такі недоліки: 1) створення технологічних можливостей здійснення окремих процесуальних дій в електронному вигляді без нормативного вираження в процесуальних нормах (порядок ознайомлення з матеріалами справи, отримання аудіо-відеофіксації судових засідань, технічна можливість доступу до електронних матеріалів кримінального провадження без визначення процесуальних порядків їх використання, поширення модулів ЄСІКС на процедуру судового розгляду в порядку КУпАП без регламентації такої можливості у цьому кодексі тощо), 2) створення окремих фрагментарних частин електронного документообігу між судами без визначення порядку його здійснення в процесуальних кодексах та підзаконних нормативно-правових актах; 3) розбудова архітектури ЄСІКС за принципом вхідного/вихідного електронного вікна, а не функціонального комплексу реалізації прав та обов'язків учасників кримінального провадження з огляду на їх конкретний процесуальний статус; 4) створення електронних кабінетів без врахування процесуального статусу суддів, працівників апаратів судів, учасників та сторін кримінального провадження (суддів, прокурорів, секретарів судових засідань, працівників канцелярій (фактичних вхідних реєстраторів документів); 5) витрати наявних ресурсів на розбудову засобів цифровізації, що мають інформаційний характер для учасників кримінального провадження та не створюють результату у вигляді способу належного процесуального інформування; 6) створені засоби цифровізації не пришвидшують здійснення судочинства через недоліки правової регламентації.

3. Законом «Про судоустрій і статус суддів» на ЄСІКС покладено виконання біля 20 функцій, натомість положенням про ЄСІКС введено лише три модулі: «Електронний кабінет», «Електронний суд»,

«Відеоконференцзв'язок». Модуль «Особливості автоматизованого розподілу судових справ» не введено в дію. ЄДРСР функціонує як окремий державний реєстр.

4. Обгрунтовано необхідність визначення у ст. 3 КПК понять «Електронний кабінет» та «Електронний кабінет судді», зокрема:

«Електронний кабінет — це персональний кабінет (веб-сервіс чи інший користувацький інтерфейс) у підсистемі (модулі) ЄСІТС, за допомогою якого особі, яка пройшла електронну ідентифікацію, надається доступ до інформації та сервісів ЄСІТС або її окремих підсистем (модулів), у тому числі можливість обміну (надсилання та отримання) документами (в тому числі процесуальними документами, письмовими та електронними доказами тощо) між судом та учасниками судового процесу, а також між учасниками судового процесу. Електронна ідентифікація особи здійснюється з використанням кваліфікованого електронного підпису чи інших засобів електронної ідентифікації, які дають змогу однозначно встановити особу»;

«Електронний кабінет судді — це персональний кабінет (веб-сервіс чи інший користувацький інтерфейс) у підсистемі (модулі) ЄСІТС, за допомогою якого судді надається доступ до інформації та сервісів ЄСІТС або її окремих підсистем (модулів), у тому числі матеріалів кримінального провадження, можливість обміну (надсилання та отримання) документами між судом та учасниками судового процесу, судами, державними органами, доступу до державних реєстрів, виконання інших функцій по здійсненню правосуддя. Електронна ідентифікація судді здійснюється з використанням кваліфікованого електронного підпису чи інших засобів електронної ідентифікації, які дають змогу однозначно встановити особу».

Введення такого поняття надасть можливість нормативно закріпити технологічні можливості функціонального електронного кабінету судді та використовувати інформацію, доступну засобами електронного кабінету під час здійснення судочинства.

5. Законодавчі вимоги стосовно реєстрації електронних кабінетів усіма державними органами створює виключно можливості виконання процесуальних вимог такими органами користуватися електронним кабінетом як учасником судового провадження в різних судових юрисдикціях. В межах кримінального процесу, в ході якого багато органів державної влади мають взаємодіяти з судами в межах виконання завдань кримінального провадження електронна взаємодія таким способом (засобами ЄСІКС), як і між судами, не містить достатнього та належного правового регулювання. Водночас, на відміну від інших судових юрисдикцій, суди під час розгляду кримінального провадження здійснюють

функцію взаємодії з центрами надання безоплатної правової допомоги, органами пробації, слідчими ізоляторами, установами виконання покарань, конвойними підрозділами військових частин, органів Національної поліції, військової служби правопорядку у ЗСУ, органами казначейства тощо. У КПК, так і в нормах КВК, Законах «Про попереднє ув'язнення», «Про безоплатну правову допомогу», «Про пробацію» тощо необхідно встановити порядок електронної взаємодії.

Для реалізації зазначених пропозицій пропонуємо частину першу статті 35 КПК У суді функціонує ЄСІКС та/або її окремі підсистеми (модулі), що забезпечують, зокрема: доповнити новим пунктом 6: «обмін документами та інформацією (надсилання та отримання документів та інформації в електронній формі) між судами та відповідними державними органами в під час розгляду кримінального провадження. Документи, підписані, погоджені в ЄСІКС з використанням кваліфікованого електронного підпису, їх примірники в електронній та паперовій формах визнаються оригіналами документів».

Зазначене положення забезпечить право на електронний документообіг між судами та отримання як судом, так і відповідними органами документів та інформації в найкоротші строки, захищеною системою з повідомленням про час отримання документів.

6. Зважаючи на складність та багатоманітність процедур на різних стадіях кримінального провадження обгрунтовано, що розбудова електронного документообігу має бути заснована саме на принципах вирішення конкретних питань, виконання у такий спосіб конкретних завдань, а не встановлення абстрактної загальної можливості здійснювати окремі дії в електронному вигляді.

7. Використане поняття «інформаційно-комунікаційна система досудового розслідування», вжите у ст. 106[1] КПК на сьогодні вказує про «і-Кейс», (орган досудового розслідування — НАБУ) та відповідно ВАКС, а не систему кримінальної юстиції в цілому. Відповідно до вимог абз. 2 ч. 1 ст. 106[1] КПК порядок функціонування інформаційно-комунікаційної системи досудового розслідування визначається положенням, яке затверджується спільно ОГП, органом, у складі якого функціонує орган досудового розслідування, а також органом, що затверджує положення про систему, яка функціонує в суді відповідно до ст. 35 цього Кодексу. Таким чином, розвиток електронного кримінального провадження в частині досудового розслідування і судового провадження має здійснюватися шляхом розроблення та затвердження інформаційно-комунікаційних систем досудового розслідування в органах досудового розслідування в порядку абз. 2 ч. 1 ст. 106[1] КПК.

8. Встановлено, що положення пункту 20^6 розділу XI КПК, згідно якого у разі відсутності інтеграції системи, яка функціонує в суді відповідно до ст. 35 цього Кодексу, з інформаційно-комунікаційною системою досудового розслідування слідчий, дізнавач, прокурор подає до суду матеріали в паперовій формі та в електронній формі з використанням кваліфікованого електронного підпису не містить процесуального забезпечення під час здійснення судового провадження. Враховуючи наведене запропоновано у ч. 2 ст. 317 КПК встановити, що: «документи, матеріали, що подаються під час судового провадження до суду подаються в електронній формі з використанням кваліфікованого електронного підпису. Сторони кримінального провадження не позбавлені права на подання документів, матеріалів в паперовій формі».

9. Для реалізації загального правила щодо можливості розгляду матеріалів в електронному вигляді запропоновано за аналогією з процесуальними правилами ЄСІКС у інших видах судочинства доповнити ч. 2 ст. 35 КПК та встановити, що: «Суд проводить розгляд кримінального провадження за матеріалами у формах, визначених Положенням про Єдину судову інформаційно-комунікаційну систему та/або положеннями, що визначають порядок функціонування її окремих підсистем (модулів). Процесуальні та інші документи і докази в паперовій формі зберігаються в додатку до справи в суді першої інстанції та у разі необхідності можуть бути оглянуті учасниками справи чи судом першої інстанції або витребувані судом апеляційної чи касаційної інстанції після надходження до них відповідної апеляційної чи касаційної скарги».

10. Питання запровадження повноцінної електронної справи в кримінальному провадженні станом на сьогодні є недосяжним завданням, оскільки йдеться не лише про розгляд справи, а й про її виконання, зберігання та передачу у відповідний державний архів. Водночас, слід розглядати питання про можливість розгляду в електронній формі проваджень за скаргами в кримінальному провадженні, що розглядаються окремо від справи та матеріалів, постановлених на стадії досудового розслідування, виконання судових рішень (постановлених в порядку ст. 537 КПК), розгляд матеріалів про направлення кримінального провадження з одного суду до іншого тощо.

11. Підлягає процесуальному закріпленню принцип комунікації суду з учасниками провадження в той спосіб, який учасник обрав для звернення до суду. Наявне у ст. 35 КПК положення, за яким адвокати, нотаріуси, приватні виконавці, арбітражні керуючі, судові експерти, органи державної влади, органи місцевого самоврядування реєструють офіційні електронні адреси в ЄСІКС в обов'язковому порядку не містить

обов'язку звернення до суду через електронний кабінет, як і не містить процесуальних наслідків ігнорування такого обов'язку. Інші особи реєструють офіційні електронні адреси в ЄСІКС в добровільному порядку, проте усі учасники кримінального провадження для можливості комунікації з ними мають подати про це відповідну письмову заяву. На практиці особа подає процесуальні документи через електронний суд, а відповідь вимагає на поштову адресу.

Обраний законодавцем спосіб використання електронного кабінету у кримінальному провадженні не можна вважати ефективним. Тому подальший шлях цифровізації у цій сфері має в результаті закріпити принцип комунікації суду з учасниками провадження в той спосіб, який учасник обрав для звернення до суду. В проміжному вигляді можливим видається зобов'язати використовувати як засіб комунікації з судом електронний кабінет для державних органів та учасників кримінального провадження, хто фінансується з державного бюджету (наприклад, йдеться про безоплатну правову допомогу).

Водночас встановлено, що електронний кабінет є єдиним ідентифікованим належним чином засобом комунікації з учасниками кримінальних проваджень, що знаходяться на ТОТ.

12. З урахуванням наведених характеристик АСДС доведено, що найбільш повноцінним та належним способом забезпечення відновлення матеріалів втраченого кримінального провадження є одержання наявної інформації щодо відповідного кримінального провадження з системи документообігу суду, на розгляді якого воно перебувало, або інших програмно-апаратних комплексів Державної судової адміністрації України (автоматизованої системи).

13. Процесуальне законодавство визначає можливість проведення дистанційного судового провадження виходячи з суб'єкта виявлення відповідної ініціативи (суд, клопотання сторони чи інших учасників кримінального провадження); способу прийняття рішення у випадку заперечення сторони кримінального провадження чи потерпілого (постановлення вмотивованої ухвали), відсутності права на проведення дистанційного судового провадження у випадку заперечення обвинуваченого, який перебуває поза межами приміщення суду; наявності права на здійснення дистанційного судового провадження навіть у такому випадку в умовах воєнного стану.

Україна 19.09.2025 підписала Третій додатковий протокол до Європейської Конвенції про правову допомогу у кримінальних справах, що передбачає, зокрема, спрощення та прискорення процедур взаємної допомоги; розширення переліку випадків, у яких держави-підписанти

можуть запитувати взаємну допомогу; ширше застосування електронних комунікацій і відеоконференцій (наприклад, е-докази, допити онлайн); дозвіл на застосування технічних засобів спостереження (наприклад, GPS-трекінг, перехоплення телекомунікацій. З огляду на необхідність подальшої імплементації положень Третього додаткового протоколу до Європейської Конвенції про правову допомогу у кримінальних справах слід звернути увагу доцільність розширення питань застосування відеоконференцзв'язку у статті 567 КПК. За правилами статті 336 КПК, особа може взяти участь у судовому провадженні дистанційно через підсистему «Відеоконференцзв'язок», що є частиною ЄСІКС, зокрема з використанням власних технічних засобів, водночас стаття 567 КПК не передбачає процесуальної можливості учасника судового провадження використати власні технічні засоби для участі у відеоконференції під час судового провадження.

14. Окремим напрямом цифровізації, обміну інформацією в електронному вигляді є визначення процесуальних підстав електронної взаємодії судді з державним реєстрами, базами даних. Судді мають мати безперешкодний доступ та за запитом отримувати невідкладно в електронному вигляді інформацію з будь-яких державних реєстрів та баз даних, зокрема з Єдиного державного демографічного реєстру; Єдиного державного реєстру транспортних засобів; Державного реєстру речових прав на нерухоме майно; Державного реєстру обтяжень рухомого майна; Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань; Державного реєстру фізичних осіб-платників податків; Єдиного державного вебпорталу електронних послуг та використовувати в процесуальній діяльності. За умови створення електронних кабінетів суддів за статусом (а не за принципом реєстрації фізичної особи), ідентифікація та повний доступ буде здійснюватися саме за таким принципом та без процедурних зволікань.

Для нормативного визначення загального процесуального порядку електронної інформаційної взаємодії суду з державними реєстрами ч. 1 ст. 35 КПК необхідно доповнити новим абзацом та встановити, що: «Електронна інформаційна взаємодія суду в межах кримінального провадження з державними реєстрами, базами даних, здійснюється в порядку, визначеному законодавством». В свою чергу, необхідно визначити чіткі регламенти взаємодії ЄДРСР як державного реєстру органів судової влади з іншими державними реєстрами, базами даних.

З метою посилення електронної інформації взаємодії запропоновано доповнити розділ XI Порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень, затвердженого Рішенням ВРП від 19.04.2018

№ 1200/0/15-18 положенням про те, що суб'єкти, яким забезпечується надання повного доступу до ЄДРСР, реалізують повноваження на отримання копій судових рішень для виконання наданих законодавством повноважень шляхом отримання таких електронних копій з ЄДРСР на підставі застосування уповноваженими особами таких органів повного доступу до Реєстру. Таке доповнення сприятиме цифровізації питань, пов'язаних з доступом до судових рішень, зокрема і органами досудового розслідування в порядку статей 40, 93 КПК.

Розділ 2. РЕАЛІЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ІНСТИТУТУ ВІДНОВЛЕННЯ ВТРАЧЕНИХ МАТЕРІАЛІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Сергій ФОМІН,
кандидат юридичних наук, доцент, суддя Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду

ORCID: https//orcid.org/0000-0003-1203-5633

Анотація. У роботі досліджено основні теоретико-правові проблеми реалізації кримінального процесуального інституту відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження. На підставі проведеного аналізу наукових розробок та нормативної бази акцентовано увагу на необхідності вдосконалення нормативного врегулювання зазначеного процесуального механізму. У аспекті нормативної реалізації права доступу до правосуддя проведено аналіз практики ЄСПЛ та Верховного Суду з огляду на досліджувану проблему. Визначено складну правову природу механізму відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, обумовлену низкою неоднорідних властивостей. Констатовано, що у КПК наразі передбачено дві окремі процедури відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження: в ординарному правовому режимі та в умовах воєнного стану. Надані авторські пропозиції щодо удосконалення законодавства.

Ключові слова: кримінальне провадження, процесуальний інститут, відновлення втрачених матеріалів, доступ до правосуддя, учасники кримінального провадження, нормативне регулювання.

Serhii FOMIN,
REALIZATION OF THE CRIMINAL PROCEDURAL INSTITUTE OF RESTORATION OF LOST CRIMINAL PROCEEDINGS MATERIALS

Abstract. The paper examines the key theoretical and legal issues involved in implementing the criminal-procedure mechanism for restoring lost materials of criminal proceedings. Based on an analysis of scholarly work and the regulatory framework, it emphasizes the need to improve the

normative regulation of this procedural mechanism. In the context of the normative realization of the right of access to justice, the paper analyzes the case law of the European Court of Human Rights and the Supreme Court as it relates to the issue under study. The complex legal nature of the mechanism for restoring lost criminal case materials is identified, being conditioned by a range of heterogeneous characteristics. It is established that the Criminal Procedure Code of Ukraine currently provides for two separate procedures for restoring lost materials of criminal proceedings: under the ordinary legal regime and under martial law. The author also offers proposals for improving the legislation.

Key words: criminal proceedings, procedural mechanism, restoration of lost materials, access to justice, participants in criminal proceedings, regulatory framework

Негативі суспільно-політичні події, втрата контролю над окремими територіями України, відсутність на них легітимних органів правопорядку, дезорганізація суспільних зв'язків, знищення адміністративних будівель, кримінальних процесуальних документів, низка інших негативних чинників сформували нетипові умови, в яких чинне на той час кримінальне процесуальне законодавство, що розроблялося для потреб мирного часу, виявилося неефективним для досягнення завдань кримінального провадження. Зазначені тенденції обумовили необхідність термінової адаптації законодавства до нових умов. Зокрема, проблема відновлення матеріалів проваджень актуалізувалась ще у 2014 р. у зв'язку із необхідністю термінової зміни підсудності на окупованих територіях, а відсутність належної нормативної регламентації щодо порядку здійснення такого виду процесуальної діяльності стала наявною, що й обумовило необхідність застосування наявного додаткового правового інструментарію[911]. Проте, об'єктивно зумовлена необхідність внесення нормативних змін призвела до порушення органічної цілісності окремого процесуального інституту й відсутності уніфікованої детальної правової регламентації порядку відновлення втрачених матеріалів.

[911] Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон від 15.04.2014 № 1207-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text

Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку з проведенням антитерористичної операції : Закон від 12.08.2014 № 1632-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1632-18#Text

Аналіз наукових досліджень, пов'язаних із відновленням втрачених матеріалів кримінального провадження, свідчить про підвищення рівня зацікавленості науковців та актуалізацію проблеми внаслідок повномасштабного вторгнення. Не вдаючись до фрагментарних наукових досліджень проблем досудового розслідування в «надзвичайних умовах», як приклади комплексних наукових досліджень саме за наведеною проблематикою убачаємо за необхідне навести роботи О. В. Лазукової[912], Г. К. Тетерятник[913], Г. В. Гордуз[914]

З огляду на викладене, проблема вдосконалення процесуального механізму відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження в аспекті ефективної реалізації завдань кримінального провадження постає надзвичайно актуальною.

Аналіз практики ЄСПЛ. Чисельні прогалини у площині нормативного регулювання процедури відновлення втрачених матеріалів неодмінно створили правове підґрунтя для відповідних скарг щодо обмеження процесуальних прав та законних інтересів учасників кримінального провадження. Зокрема, проблема недосконалості механізму відновлення втрачених матеріалів як складової гарантії права на справедливий суд неодноразово ставала предметом розгляду ЄСПЛ.

Так, у справі «Хлєбік проти України» (Заява № 2945/16 від 25.07.2017)[915] ЄСПЛ в аспекті відсутності порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ послався на певні законопроєктні ініціативи, які були актуальними на момент розгляду скарги заявника й, зокрема, зазначив, що підтримує ініціативи, здійснені органами влади як намагання зібрати свідчення на територіях, що перебувають під їхнім контролем, прохання про допомогу у Міжнародного комітету Червоного Хреста зі сприяння у відновленні матеріалів справ, що знаходяться на території, яка їм непідконтрольна, та законопроект, спрямований на спрощення розгляду апеляцій в ситуаціях, в яких частина матеріалів справи залишається недоступною.

---

[912] Лазукова О. В. Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції : дис. …канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2018. 184 с.

[913] Тетерятник Г. К. Кримінальне провадження в умовах надзвичайних правових режимів: теоретико-методологічні та праксеологічні основи : монограф. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2021. 500 с.

[914] Гордуз Г. В. Відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження : дис. … д-ра філос. : 081 — Право. Одес. держ. ун-т внутр. справ. Одеса, 2025. 235 с.

[915] Хлєбік проти України : рішення Європейського суду з прав людини від 25.07.2017. URL: https://rm.coe.int/case-of-khlebik-v-ukraine-1-ukr-ed/1680738311

На додержання висловленої на той час ЄСПЛ позиції доречно навести відповідне рішення ККС від 15.03.18 у справі № 759/8390/17, в якому колегія суддів встановила, що наявних відновлених матеріалів кримінальної справи недостатньо для перевірки всіх доводів скаржника для забезпечення права на справедливий судовий розгляд у суді касаційної інстанції. З огляду на це ВС ухвалив перенести розгляд касаційної скарги до моменту надходження матеріалів кримінальної справи в обсязі, достатньому для касаційного перегляду оскаржуваних судових рішень і звернутися до Уповноваженого ВРУ з прав людини з питанням про сприяння у передачі матеріалів кримінальної справи з ТОТ АРК до ВС для розгляду касаційної скарги по суті[916].

Проте, у справі «Куличенко і Золотухін проти України» (Заяви № 20936/16 та № 53257/16 від 11.02.2021)[917] ЄСПЛ вже констатував порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ з огляду на те, що органи державної влади не вжили всіх доступних їм заходів для сприяння розгляду справи, а саме через недостатню ретельність з боку прокуратури національні суди не змогли розглянути питання, чи було відновлених матеріалів достатньо (пункти 110–111). Крім того, ЄСПЛ знову зауважив про необхідність внесення законодавчих або інших еквівалентних змін до національної нормативно-правової бази з метою забезпечення поваги до конвенційних прав заявника в аспекті процедури звернення із заявою про відновлення втрачених матеріалів справи у ситуаціях, коли судом не було ухвалено вирок.

Відповідно, змінами Закону № 2201-IX 24 від 14.04.2022[918] КПК було доповнено статтею 615[1], згідно з якою відновленню підлягають втрачені матеріали кримінального провадження, яке не завершилося направленням обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності до суду, а також матеріали кримінального провадження, в якому обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності направлено до суду, проте підготовче судове засідання не

916

[916] Ухвала ККС від 15.03.18 у справі № 759/8390/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/72909386

917

[917] Куличенко і Золотухін проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 11.02.2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_g12#Text

918

[918] Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану : Закон від 14.04.2022. № 2201-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2201-20#n77

відбулося; судовий розгляд розпочато, проте рішення суду за результатами його розгляду не ухвалено; судом ухвалено рішення, проте воно не набрало законної сили.

Аналіз практики ВС. Прогалини розділу VII КПК, які стали наявними ще до введення правового режиму воєнного стану після введення у дію ст. 615[1] КПК почали набувати ознаки правової колізії. Як приклад доречно навести рішення ККС від 19.04.23 у справі № 266/174/22 за результатом розгляду ухвали апеляційного суду, якою було повернуто апеляційну скаргу прокурора у зв'язку з тим, що вона подана без матеріалів кримінального провадження, з посиланням на порядок відновлення втрачених матеріалів, передбачений ст. 615[1] КПК. За твердженням прокурора, вирок місцевого суду набрав законної сили 19.02.2022, а тому відновлення матеріалів кримінального провадження у цій справі має регулюватися розділом VII КПК, а не ст. 615[1] КПК, як зазначив апеляційний суд у своєму рішенні. Крім того, прокурор зазначив, що ні правоохоронні органи, ні сторона обвинувачення не мають жодних документів з якими вони могли б звернутися до слідчого судді для відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження для оскарження вироку суду, адже саме на суд, а не на учасників кримінального провадження покладено обов'язок збереження матеріалів кримінальної справи і направлення їх разом з апеляційними скаргами до апеляційного суду. Всі матеріали кримінального провадження, на підставі яких суд ухвалив обвинувальний вирок долучено до судової справи і вони перебувають у володінні суду. Касаційну скаргу прокурора ВС задовольнив частково, оскаржену ухвалу скасував та призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції"[919].

При розгляді іншої касаційної скарги за аналогічних обставин, коли вирок було постановлено 11.02.2022, матеріали справи залишились на окупованій території, а апеляційний суд повернув апеляційну скаргу прокурора посилаючись на те, що питання про відновлення матеріалів не було ініційовано сторонами і прокурором заяви в порядку ст. 525 КПК не подавались, колегія суддів ККС дійшла висновку про те, що втрачені матеріали кримінального провадження підлягають відновленню не тільки за клопотанням сторін, а й за власною ініціативою суду і скасувала оскаржену ухвалу[920].

919

920

[919] Постанова ККС від 19.04.2023 у справі № 266/174/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/110395989

[920] Постанова ККС від 18.0120.24 у справі № 265/6093/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/116541800

В аспекті реалізації права на судовий захист також не можна обійти проблему оскарження ухвалених судових рішень з питань відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження. Адже відсутність нормативно закріпленого права на перегляд рішень суду за заявою (клопотанням) про відновлення, безумовно, отримала відповідне віддзеркалення, зокрема, на рівні касаційної інстанції. Маємо зазначити про очевидні тенденції, які можна спостерігати на прикладі судових рішень. Так, ще у 2018 р. позиція ККС була однозначною з приводу неможливості оскаржень будь-яких рішень, пов'язаних із процедурою відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, незалежно від того чи переглядались вони по суті судом апеляційної інстанції, посилаючись, зокрема, на висновки ЄСПЛ в рішенні від 28.03.2006 у справі «Мельник проти України» (Заява № 72286/01 від 28.03.2006)[921], про те, що спосіб, у який ст. 6 ЄКПЛ застосовується до апеляційних і касаційних судів, має залежати від особливостей процесуального характеру, а також до уваги мають бути взяті норми внутрішнього законодавства та роль касаційних судів у них[922]. Так, відмовляючи у відкритті касаційного провадження, колегії суддів зазвичай посилалися на приписи ст. 424 КПК, мотивуючи тим, що оскаржені судові рішення не перешкоджають подальшому кримінальному провадженню, а тому не можуть бути предметом перегляду в суді касаційної інстанції.

Водночас, 17.07.2018 ККС розглянув касаційні скарги захисника засудженого та прокурора на рішення судів нижчих інстанцій по суті. Одним із доводів захисника в контексті істотних порушень вимог КПК була незаконність ухвали міськрайонного суду про відновлення втрачених матеріалів провадження, яке, на його думку, відбулося в порушення норм статей 524–531 КПК. Колегія суддів з цього приводу зазначила, що порядок вирішення питання відновлення матеріалів проводиться окремо від розгляду провадження по суті, у зв'язку з чим має свій порядок оскарження та судові рішення по суті обвинувачення не можуть ставитися у залежність від рішення про відновлення. Більше того, сторона захисту процесуально не обмежувалася у самостійному зверненні

921 922[1] 922[2] 922[3]

[921] Мельник проти України : рішення Європейського суду з прав людини від 28.03.2006. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_049#Text

[922] Ухвала ККС від 31.10.2018 у справі №234/4135/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77590006 ; Ухвала ККС від 17.03.2021 у справі 225/4607/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95616575 ; Ухвала ККС від 05.07.2021 у справі № 2-80/2001. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/98105443

із заявою про відновлення матеріалів кримінального провадження, які вважали необхідними, у тому числі для підтвердження своїх вимог[923].

Далі, після початку повномасштабного вторгнення, позиція ККС щодо можливості оскарження рішень за процедурою відновлення втрачених матеріалів зазнала змін. Так, вже 30.03.2023 у справі № 21-з/824/54/2022 колегією суддів ККС задоволено касаційну скаргу засудженого на ухвалу апеляційного суду про повернення заяви про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження. Оскаржене рішення скасовано й призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції з посиланням на порушення права змагальності сторін та свободу в поданні суду своїх доказів, яке передбачено ч. 1, 2 ст. 22 КПК, а також загальні принципи здійснення справедливого судового розгляду, що передбачені пунктами 1, 3, 13, 15 ч. 1 ст. 7 КПК [924].

27.03.2024 ККС розглянув ухвалу апеляційного суду про відмову у відкритті провадження на ухвалу слідчого судді про відмову у задоволенні клопотання про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження. Так, колегія суддів зазначила, що апеляційний суд, приймаючи рішення про відмову у відкритті апеляційного провадження, установив, що ухвала слідчого судді, постановлена за наслідками розгляду клопотання про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, з огляду на приписи статей 309, 392 КПК не підлягає апеляційному оскарженню. Крім цього, суд апеляційної інстанції звернув увагу на те, що спеціальна стаття, яка регулює порядок розгляду клопотання про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, а саме ст. 615[1] КПК, також не передбачає можливості оскарження ухвали, постановленої згідно з положеннями цієї статті. Проте, ВС не погодився із цими висновками з огляду на те, що рішення суду про відмову в задоволенні клопотання представника потерпілого про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження не узгоджується з приписами вказаної статті, а тому слідчий суддя постановив рішення, яке не передбачено КПК.

Згідно з правовими висновками ВП ВС, викладених у постановах від 23.05.2018 (провадження № 13-16сво18 та № 13-19кс18), відповідно до яких, під час вирішення питання про відкриття апеляційного провадження за скаргами на ухвали слідчих суддів суди апеляційної інстанції

923 Постанова ККС від 17.07.2018 у справі № 185/7163/16-к. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75498253

924 Постанова ККС від 30.03.2023 у справі № 21-з/824/54/2022. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/110084542

повинні діяти з урахуванням судової практики ВСУ, а саме постанови від 12.10.2017, в якій зазначено, що апеляційні суди зобов'язані перевіряти законність ухвал, не передбачених кримінальними процесуальними нормами. Право на апеляційне оскарження такого судового рішення підлягає забезпеченню на підставі п. 17 ч. 1 ст. 7 та ч. 1 ст. 24 КПК, які його гарантують, з огляду на положення ч. 6 ст. 9 вказаного Кодексу, яка встановлює, що у випадках, коли положення КПК не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 КПК. За таких обставин, з урахуванням положень пунктів 1, 2, 17 ч. 1 ст. 7 КПК, суд апеляційної інстанції під час вирішення питання про відмову у відкритті апеляційного провадження в цьому випадку мав би виходити з того, що ухвала про відмову у задоволенні клопотання про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження підлягає апеляційному оскарженню [925].

На окрему увагу заслуговує практика ККС в аспекті позиції прокурора у процедурі відновлення втрачених матеріалів. Так, 21.02.2023 ККС розглянув касаційні скарги заступника прокурора АРК та прокурора Кримської прокуратури на ухвалу Апеляційного суду АРК від 19.12.2013 у справі № 110/1624/13-к. Касаційне провадження за вказаними касаційними скаргами було відкрито ухвалами ВССУ від 03.04.2014 та від 04.04.2014. Далі ухвалою ВС від 10.07.2018 зупинено касаційне провадження, оскільки вказане кримінальне провадження з ТОТ АРК до ВС не надійшло. ВС вживались заходи щодо з'ясування місцезнаходження матеріалів даного кримінального провадження, а також надсилались запити щодо надання інформації судами про те, чи не зверталися учасники судового провадження із заявами про відновлення втрачених матеріалів цього кримінального провадження. У наданих відповідях було надано інформацію про те, що матеріали кримінального провадження до них не надходили й учасники судового провадження із заявами не зверталися. Звертався ВС і до прокуратури АРК та м. Севастополя із метою з'ясування чи вживалися прокурорами вказаної прокуратури відповідно до вимог ст. 525 КПК заходи щодо відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження. Прокуратурою АРК та м. Севастополя було надіслано відповідь на вищевказаний запит, в якому було повідомлено, що будь-яких заходів, передбачених ст. 525 КПК, ними не вживалось.

925

[925] Постанова ККС від 27.03.2024 у справі № 369/16744/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/118036740

Далі, ухвалою ККС від 01.02.2023 касаційне провадження було поновлено, а 21.02.2023 ККС постановив ухвалу, якою закрив касаційне провадження. В обґрунтування своєї позиції колегія суддів зазначила, зокрема, таке. З 2014 р. до 2023 р. матеріали кримінального провадження до ВС не надійшли. Водночас матеріали касаційного провадження не містять даних та такі не надані учасниками провадження про вжиття розумних та необхідних заходів для відновлення матеріалів провадження як втрачених, щоб реалізувати своє право на розгляд оскарженого судового рішення. Як вбачається із відповіді на запит ВС, наданою прокуратурою АРК та м. Севастополя, будь-яких заходів направлених на відновлення матеріалів кримінального провадження прокуратурою не вживалося. Колегія суддів вважає, що орган прокуратури як єдиний суб'єкт зацікавлений у подальшому розгляді справи, повинен був зробити все в межах своєї компетенції для найшвидшого вирішення справи. З урахуванням того, що прокурори тривалий час з моменту звернення до суду з касаційними скаргами (9 років), не проявляли цікавість щодо ходу розгляду цього провадження, не вживали заходів, спрямованих на відновлення втрачених матеріалів, єдиним суб'єктом, зацікавленим в подальшому розгляді цього кримінального провадження була саме прокуратура, наведені обставини у їх сукупності, на думку колегії суддів, свідчать про те, що прокуратура втратила інтерес до розгляду поданих касаційних скарг та вирішення кримінального провадження[926].

14.01.2025 колегією суддів ККС розглянуто касаційні скарги захисників на вироки Лисичанського міського суду Луганської області від 21.07.2020 та Луганського апеляційного суду від 25.01.2022 у справі № 418/427/16-к. Касаційне провадження за зазначеними скаргами було відкрито ухвалами ККС від 27.04.2022. Далі, 28.04.2022 до Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області було направлено запит надання інформації щодо місця проживання (перебування) всіх учасників кримінального провадження. 05.05.2022 від голови Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області надійшла відповідь на запит, згідно з якою станом на 05.05.2022 справи Лисичанського міського суду Луганської області не передані до Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області, а тому, суд, наразі, не має доступу до зазначеної справи ні у паперовому вигляді, ні в електронному, у зв'язку з чим направити запитувану інформацію на даний час не має можливості. Далі, 20.11.2024 з Петропавлівського районного суду Дніпропетровської

926

[926] Ухвала ККС від 21.02.2023 у справі № 110/1624/13-к. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/109102555

області до ККС надійшла справа за заявою захисника засудженого про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, розгляд якої районним судом було закрито. Ухвалою ВС від 12.12.2024 матеріали в частині відновленого кримінального провадження були призначені до касаційного розгляду. У судовому засіданні 14.01.2025, перед початком розгляду матеріалів відновленого кримінального провадження, суддею-доповідачем з'ясовано думку сторін щодо достатності відновлених матеріалів кримінального провадження для ухвалення судового рішення за наслідками розгляду касаційних скарг сторони захисту. Засуджений та його захисники вважали за можливе проводити розгляд касаційних скарг сторони захисту в межах надісланих матеріалів відновленого кримінального провадження ВС. Прокурор вважав за неможливе провести належну перевірку всіх доводів викладених у касаційних скаргах захисників за наявними у ВС матеріалами. Колегія суддів постановила зняти з розгляду касаційні скарги захисників до відновлення матеріалів кримінального провадження в необхідному обсязі для ухвалення судового рішення за наслідками розгляду касаційних скарг[927].

Окремо зауважимо на практиці ККС в аспекті відновлення втрачених матеріалів кримінальних справ, провадження у яких здійснювалося за правилами КПК 1960 р. Так, 09.12.2020 ККС розглянув касаційну скаргу на ухвалу Сватівського районного суду Луганської області від 21.04.2020 та ухвалу Луганського апеляційного суду від 03.06.2020 у справі № 1-27/13, якими було відмовлено у задоволенні заяви про відновлення матеріалів кримінального провадження, яке здійснювалось за правилами КПК 1960 р. Колегія суддів ВС залишила касаційну скаргу без задоволення, а оскаржені судові рішення без зміни. В обґрунтування своєї позиції ВС зазначив, зокрема, таке. Вирішуючи питання, порушені в заяві, суд першої інстанції, з яким погодився апеляційний суд, виходив із того, що норми КПК 1960 р. втратили чинність із набранням законної сили КПК 2012 р., Перехідними положеннями якого не передбачено порядку розгляду заяв про відновлення втрачених матеріалів кримінальної справи, розгляд якої відбувався за правилами КПК 1960 р. До того ж останній взагалі не передбачав процедури відновлення втрачених матеріалів кримінальної справи. За таких обставин, з метою забезпечення доступу особи до правосуддя, зважаючи на те, що нормами Розділу VII чинного КПК 2012 р. така процедура передбачена, суди обох інстанцій обґрунтовано вважали за можливе застосування

927

[927] Ухвала ККС від 14.01.2025 у справі №418/427/16-к. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/124522348

цієї процедури за аналогією також і щодо справ, які розглядалися за правилами КПК 1960 р. За даних обставин з такою позицією цілковито погоджується суд касаційної інстанції. Проте, заявник просив відновити матеріали кримінальної справи, розгляд якої не закінчився ухваленням вироку, а справу направлено на додаткове розслідування. Водночас нормами КПК 2012 р. не передбачено можливості відновлення матеріалів кримінального провадження, яке не завершилось на підставі остаточного рішення суду. З огляду на вищезазначене, враховуючи те, що розгляд кримінальної справи не було завершено, вирок судом не ухвалено, а справу направлено на додаткове розслідування, судами обґрунтовано відмовлено у задоволенні заяви про відновлення втрачених матеріалів[928].

Наведемо ще одне рішення ККС від 20.05.2020 у справі № 185/3493/19. Так, ухвалою Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 11.01.2021 відмовлено в задоволенні заяви про відновлення судового провадження, закриття кримінальної справи та скасування запобіжного заходу. Приймаючи таке рішення, місцевий суд виходив із того, що ненадання заявником відповідних доказів по справі і відсутності їх у сторони обвинувачення є перешкодою для здійснення судового провадження по справі, оскільки у відповідності до ч. 1 ст. 275 КПК (в редакції 1960 р.) розгляд справи проводиться тільки відносно підсудних і тільки в межах пред'явленого обвинувачення. Крім того, місцевим судом зазначено про неможливість вирішення питання про виділення матеріалів з даної кримінальної справи відносно заявника та відсутність підстав для відновлення втрачених матеріалів у цьому кримінальному провадженні. Ухвалою Дніпровського апеляційного суду від 04.03.2021 ухвалу Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 11.01.2021 залишено без змін. Колегія суддів ККС скасувала оскаржені судові рішення та призначила новий розгляд у суді першої інстанції. В обґрунтування зазначеної позиції ВС, зокрема, зазначив, що доступ до правосуддя є одним із основоположних принципів верховенства права, гарантованим Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 55, п. 8 ч. 2 ст. 129 Конституції України, ст. 7, ч. 6 ст. 9, ст. 24 КПК). Щоб право на доступ до суду було ефективним, особа повинна мати чітку фактичну можливість оскаржити діяння, що становить втручання у її права (рішення ЄСПЛ від 04.12.1995 у справі «Белле проти Франції»).

928

[928] Постанова ККС від 09.12.2020 у справі № 1-27/13. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93542043

У рішенні від 22.12.2009 в справі «Безімянна проти Росії», констатуючи порушення самої суті права заявника на доступ до суду, а отже, порушення п. 1 ст. 6 Конвенції, ЄСПЛ указав, що заявниця опинилася у замкнутому колі, у ситуації, коли внутрішньодержавні суди вказували один на одного і відмовлялись розглядати її справу, зважаючи на нібито обмеження своїх судових повноважень. Внутрішньодержавні суди фактично залишили заявницю в судовому вакуумі без будь-якої вини з її боку.

Щодо періоду розумного строку в контексті кримінального провадження ЄСПЛ встановив, що він розпочинається з моменту вручення індивіду компетентним органом офіційного повідомлення про обвинувачення його у вчиненні кримінального злочину і завершується остаточним вирішенням справи, включаючи апеляцію і касацію; обвинувачений у кримінальному провадженні має право на розгляд його справи з особливою ретельністю, а метою ст. 6 Конвенції щодо кримінальних справ є гарантування того, що особа, яку було обвинувачено у вчиненні злочину, не буде перебувати у стані невизначеності щодо своєї долі надто тривалий час і обов'язок забезпечення проведення судового провадження покладається на суд (рішення у справах «Іванов проти України» від 07.12.2006, «Вергельський проти України» від 12.03.2009, «Болдирєв проти України» від 20.01.2011). Однак, на думку колегії суддів, у цьому провадженні судами не було обрано і застосовано належну правову процедуру, чим фактично позбавлено заявника ефективного засобу юридичного захисту та можливості виправити стан правової невизначеності, в якому він перебуває протягом довготривалого часу. [929]

Проте, після скасування оскаржених судових рішень суди нижчих інстанцій своєї позиції не змінили і 31.08.2021 ККС знову скасував оскаржені ухвали та призначив новий розгляд у суді першої інстанції[930]. За наслідками повторного розгляду судом касаційної інстанції Павлоградський міськрайонний суд Дніпропетровської області 24.06.2025 все ж таки розглянув заяву в частині відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, посилаючись на приписи ст. 615[1] КК. В іншій частині вимог про закриття кримінальної справи та скасування запобіжного заходу — відмовив, посилаючись на те, що після відновлення кримінальної справи, виходячи з вимог діючого законодавства, повинний відбутись

929

930

[929] Постанова ККС від 20.05.2020 у справі № 185/3493/19є. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89479769

[930] Постанова ККС від 31.08.2021 у справі № 185/3493/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99315551

судовий розгляд, за наслідками якого судом приймається рішення в кримінальній справі, у якому суд вирішує обвинувачення по суті[931].

Аналіз нормативного регулювання. Незважаючи на тривале існування процесуального інституту відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, його правова природа та місце в структурі кримінального судочинства й досі неоднозначно сприймається як науковцями, так і правозастосовними органами.

По–перше, очевидним постає той факт, що законодавець виокремлює відновлення втрачених матеріалів у розділі VII КПК, як окремий вид провадження (зауважимо: не особливий, а саме окремий). Так, кримінальне процесуальне провадження — це цілісна відносно автономна полістадійна частина кримінального процесу, що об'єднує комплекс взаємопов'язаних і взаємообумовлених процесуальних дій, які, будучи спрямованими на вирішення загальних завдань кримінального провадження через досягнення конкретного правового результату, здійснюються уповноваженими суб'єктами з приводу процесуальних відносин (що можуть бути пов'язані чи не пов'язані безпосередньо з матеріально-правовими відносинами), які відрізняються предметною характеристикою, в особливому процесуальному порядку, результати яких формалізуються у відповідних процесуальних рішеннях.

Загальним критерієм класифікації системи процесуальних проваджень є їх спрямованість. За критерієм спрямованості всі наявні в системі сучасного кримінального процесу процесуальні провадження поділяються на дві групи:

1) провадження, предметом яких виступають кримінально-правові відносини (встановлення наявності або відсутності таких відносин, а за наявності — встановлення підстав для притягнення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, до кримінальної відповідальності;

2) забезпечувальні провадження, що спрямовані на врегулювання правових відносин, які безпосередньо не пов'язані із кримінально-правовими, але їх виникнення та розвиток створюють необхідні умови для вирішення завдань кримінального провадження.

На нашу думку, саме до таких забезпечувальних проваджень слід відносити провадження з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження. Адже застосування цього процесуального механізму забезпечує можливість реалізації учасниками кримінального провадження, матеріали якого втрачені, усіх складових права на судовий захист.

931

[931] Ухвала Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 24.06.2025 у справі № 185/3493/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/128371447

Складна правова природа процедури відновлення втрачених матеріалів обумовлена низкою неоднорідних властивостей зазначеного механізму. Отже, визначення цих властивостей є необхідним для заповнення прогалин у нормотворчому регулюванні.

По-перше, відновлення втрачених матеріалів є окремим видом провадження, у якому суд, керуючись загальними засадами та виконуючи завдання кримінального провадження, не реалізує свою основну діяльність — не здійснює правосуддя. Саме цією основною властивістю й обумовлені особливості щодо диференційованої процесуальної форми такого виду провадження, процедури відкриття провадження, учасників, складу суду та можливостей подальшого оскарження. Тобто процедуру відновлення неможна ототожнювати із розглядом кримінального провадження по суті.

З огляду на зазначене першочерговим питанням є визначення системи принципів (загальних засад), на яких базується ця діяльність. Убачається, що у цьому виді провадження не має місце змагальності, презумпції невинуватості, забезпеченню права на захист та інших засад, на яких базується кримінальний процес.

Отже постає наступне запитання: «А чи може цей процесуальних інститут існувати у КПК, чи регламентація цього виду діяльності має бути здійснена в окремому законі?»

Вирішуючи питання слід виходити з доктринального поняття загальних засад як вихідних положень, які пронизують увесь кримінальний процес, або діють на декількох його стадіях, визначають суть, форму та значення тієї чи іншої стадії для досягнення завдань кримінального провадження. Такий підхід, на наше переконання, свідчить про прийняття окремого закону.

Повертаючись до принципів цього виду проваджень слід вказати, що визначальними у ньому має бути публічність, змістовне наповнення якої кардинально відрізняється від закріпленого в ст. 25 КПК, та диспозитивність, яка надає учасникам провадження (не сторонам) певної свободи у використанні своїх прав.

Що стосується публічності, то в цьому провадженні обов'язок виконати певні дії та прийняти процесуальні рішення має покладатися не тільки на дізнавача, слідчого, прокурора, а й на суд (про це детальніше пізніше).

Свобода ж у реалізації своїх прав надається лише зацікавленим учасникам провадження. На прокурора, як представника сторони обвинувачення має покладатися обов'язок сприяти суду у відновленні втрачених матеріалів.

По-друге, основна та єдина функція, яку має виконати суд при відновленні втрачених матеріалів — це функція посвідчувальна. В контексті діяльності це можна інтерпретувати таким чином. При здійсненні правосуддя основною діяльністю суду є діяльність пізнавальна, адже доказування, як вид пізнавальної діяльності, завжди вимагає збирання, перевірки і надання відповідної оцінки інформації у встановленому законом порядку. І результатом цієї складної поетапної пізнавальної діяльності є належні, допустимі й достовірні докази. Відновлення ж матеріалів передбачає лише належне посвідчення, фіксацію тих процесуальних документів, які вважає за потрібне заявник, без встановлення їх доказового значення.

По-третє, така посвідчувальна діяльність суду має виключно ретроспективний характер, тому ніякої нової інформації суд не отримує, й відповідно, у цій процедурі суд не змінює, не доповнює, не скасовує жодного відновлюваного документа.

По-четверте, при відновленні втрачених матеріалів кримінального провадження предметом судового захисту є виключно процесуальні права учасників. Відсутність загрози для реалізації процесуальних прав зацікавлених осіб є підставою для повернення заяви або залишення її без розгляду, якщо провадження було відкрито.

Ще однією важливою особливістю правової природи відновлення втрачених матеріалів провадження вбачається її безальтернативність. Це означає, що документ, оригінал якого втрачено, шляхом проходження встановленої законом посвідчувальної процедури суду, пов'язаної із відновленням його змісту, теж набуває статус оригіналу. Проте, рішення суду про неможливість відновлення документа є безальтернативним. Тобто, правовим наслідком такого рішення суду є однозначна втрата документа й подальше зупинення або зняття з судового розгляду основного кримінального провадження, з урахуванням доказового значення та сукупності втрачених документів, не має жодної правової перспективи.

Отже, з урахуванням наведених властивостей процесуального інституту відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження доцільно розглянути подальші можливості його нормативного врегулювання.

Маємо зазначити, що спроби вдосконалення механізму відновлення втрачених матеріалів у кримінальному провадженні були неодноразові, проте, не убачається доцільним перераховувати всі законопроєкти із пропозиціями та правками щодо зазначеної процедури, а доводиться лише констатувати факт, що жодна із ініціатив не отримала належної підтримки та схвалення на законодавчому рівні.

За наведеною динамікою можна констатувати, що у КПК наразі передбачено дві окремі процедури відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження:

1) в ординарному правовому режимі у порядку ст.ст. 524–531 КПК, коли відновленню підлягають втрачені матеріали у тому кримінальному провадженні, яке завершилося ухваленням вироку суду;

2) в умовах воєнного стану у порядку ст. 615[1] КПК, коли відновленню підлягають втрачені матеріали у тому кримінальному провадженні, яке не завершилося ухваленням вироку суду.

В аспекті наявності двох окремих правових режимів очевидною постає проблема щодо двох різних порядків реалізації прав учасників кримінального процесу. Так, у разі відновлення матеріалів кримінального провадження в умовах ординарного правового режиму, йдеться про вирішення завдань у межах предмету оскарження рішення суду по суті. Тобто за відсутності вироку такі матеріали необхідно знову отримувати у порядку, визначеному КПК. У той час, як відновлення матеріалів кримінального провадження в умовах воєнного стану може стосуватися будь-якого етапу досудового розслідування й судового розгляду.

Уважаємо за необхідне викласти деякі пропозиції та міркування, спираючись на порядки відновлення, встановлені розділом VII КПК та приписами ст. 615[1] КПК.

Ініціалізація провадження з відновлення втрачених матеріалів.

Відповідно до ст. 525 КПК втрачені матеріали кримінального провадження можуть бути відновлені за заявою учасника судового провадження. Близькі родичі обвинуваченого, який помер, мають право подати відповідну заяву, якщо це необхідно для його реабілітації.

Частина 2 ст. 615[1] КПК пов'язує вирішення питання про відновлення з клопотанням прокурора або слідчого чи дізнавача, погодженого з прокурором, або сторони захисту чи потерпілого. При цьому вказана норма передбачає й можливість початку процедури з відновлення за власною ініціативою суду.

Вважаємо, що в законі має бути чітко визначено коло суб'єктів, які мають право ініціювати це провадження (сторона захисту, потерпілий, інші особи, які зацікавлені у відстоюванні власних прав) та суб'єктів, для яких ініціювання відновлення має бути обов'язком в силу принципу публічності (офіційності). Такими суб'єктами є прокурор (слідчий, дізнавач за згодою з прокурором) та суд, у провадженні якого знаходилося втрачене провадження.

При цьому обов'язок звернення суб'єктів провадження має бути пов'язаний зі встановленням у законі чітких строків на його виконання.

З огляду на зазначене, вважаємо за доцільне запропонувати види відновлювальних проваджень. Їх можна поділити на три групи, залежно від того, у чиєму розпорядженні знаходилися втрачені матеріали:

1. Провадження, у яких здійснюється досудове розслідування, та провадження, які розглядалися в суді, проте його матеріали, ще не були надані прокурором та не досліджувалися судом (тобто мова йде про втрачені матеріали, які знаходилися у розпорядженні сторони обвинувачення).

2. Провадження у суді першої та апеляційної інстанцій (тобто мова йде про втрачені матеріали, які знаходилися у розпорядженні судів).

3. Провадження у суді касаційної інстанції, по яким відкрито касаційне провадження та витребувано матеріали, але у зв'язку зі втратою вони не надійшли до ВС.

Від цього залежить покладення відповідного обов'язку з ініціювання провадження або на прокурора, або на суд першої чи апеляційної інстанцій.

Суд, який вирішує питання про відновлення втрачених матеріалів.

Відповідно до ст. 526 КПК заява про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження подається до суду, який ухвалив вирок.

Згідно з ч. 3 ст. 615[1] КПК клопотання про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження розглядається слідчим суддею того суду, в межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, судом, який здійснював судове провадження, а в разі неможливості з об'єктивних причин здійснювати відповідним судом правосуддя — слідчим суддею іншого суду або іншим судом, визначеного в порядку, передбаченому законодавством.

При цьому ст. 31 КПК не містить положень, у якому складі суду має здійснюватися провадження з відновлення матеріалів, що породжує в правозастосовній практиці різне трактування цього питання.

Так, ухвалою Першотравневого міського суду Дніпропетровської області від 03.01.2024 клопотання Черкаської обласної прокуратури повернуто до канцелярії суду для визначення складу суду з урахуванням вимог чинного законодавства. Посилаючись на ст. 526 КПК та ч. 3 ст. 615[1] КПК суд висловив позицію відповідно до якої у разі, якщо судовий розгляд здійснювався колегіально, то й провадження по відновленню має здійснюватися колегіальним складом суду[932].

932

[932] Ухвала Першотравневого міського суду Дніпропетровської області від 03.01.2024 у справі № 712/12709/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/116080754

Нажаль подальшу долю провадження з відновлення втрачених матеріалів, спираючись на ЄДРСР, прослідкувати виявилося неможливим, проте, така позиція судді місцевого суду нам убачається хибною.

Окрім того вважаємо, що відповідні корективи мають бути внесені й до ст. 76 КПК, у якій заборонити участь судді, який розглядав це провадження, у здійсненні провадження щодо відновлення матеріалів, так само заборонивши участь судді, який здійснював провадження з відновлення матеріалів, у подальших розглядах справи по суті.

Вирішення питання про відкриття провадження з відновлення втрачених матеріалів.

В аспекті ініціювання процедури відновлення важливо зауважити, що підставою для відкриття провадження може бути саме заява учасника, а не клопотання, з огляду на специфічну правову природу та посвідчувально-забезпечувальну спрямованість цього виду діяльності суду, яка безпосередньо не пов'язана із здійсненням правосуддя.

Змісту заяви, на нашу думку, має бути приділено окрему увагу, адже суд має вирішувати питання про відкриття провадження в умовах обмеженого доступу до будь-якої інформації. Так, у ч. 1 ст. 527 КПК зазначено, що у заяві повинно бути зазначено, про відновлення яких саме матеріалів просить заявник, чи був ухвалений вирок, в якому процесуальному статусі перебував заявник, хто конкретно і в якості кого брав участь у судовому розгляді, місце проживання чи місцезнаходження цих осіб, що відомо заявнику про обставини втрати матеріалів кримінального провадження, про місцезнаходження копій документів кримінального провадження або відомостей щодо них, поновлення яких саме документів заявник вважає необхідним, для якої мети необхідне їх поновлення. Важливим убачається, що заявник має обов'язково зазначати не лише про те, які права він бажає поновити або реалізувати, але й чітко сформулювати предмет самої процедури відновлення, тобто, який саме юридично-правовий факт або процесуальні дії суд має відновлювати для можливості подальшої реалізації відповідних прав в основному провадженні. Тому основною вимогою до заяви має бути чіткий перелік документів, на відновленні яких наполягає заявник. Наголошуємо на тому, що відновленню підлягає кожен документ окремо, а тому й в ухвалі суду має бути вирішено питання щодо відновлення кожного із зазначених у заяві документів окремо.

Крім того, важливе значення мають обставини втрати матеріалів кримінального провадження та можливе місцезнаходження копій документів кримінального провадження або відомостей щодо них. Йдеться,

скоріше, про те, на якому етапі кримінального провадження матеріали втрачені. Адже в залежності від того, за яких обставин до якого документа втрачений доступ суд у подальшому має вживати відповідних заходів для отримання інформації. Так, приписами ст. 529 КПК встановлено, що одержавши заяву про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, суддя вживає заходів для одержання від прокурора відомостей та копій відповідних процесуальних документів, які стосуються відновлюваних матеріалів. Постає логічне питання: а яких заходів має вживати суддя, якщо така заява про відновлення саме від прокурора і надійшла. На нашу думку, вже на етапі вирішення питання про відкриття провадження за суд має займати активну позицію та сприяти реалізації прав учасників шляхом самостійного витребування інформації, з метою з'ясування таких питань:

На якому етапі досудового розслідування чи судового розгляду знаходиться кримінальне провадження?

Чи є заявник учасником кримінального провадження, про яке йдеться у заяві?

Наявність об'єктивних підстав для відновлення процесуальних документів, які зазначає заявник.

Встановлення інших учасників кримінального провадження, їх адрес та інших засобів зв'язку з метою належного повідомлення у разі відкриття провадження.

Якщо із заяви убачається, що матеріали втрачені на етапі досудового розслідування, то логічно отримати зазначену інформацію з ЄРДР[933, 934].

933

[933] Положення про Єдиний реєстр досудових розслідувань, порядок його формування та ведення, затверджене Наказом Генерального прокурора 30.06.2020 № 298 (в редакції від 17.08.2023 № 231). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0298905-20#Text

[934] Так, згідно з п. 1 розділу ІІ Положення про Єдиний реєстр досудових розслідувань, порядок його формування та ведення, затвердженого Наказом Генерального прокурора 30.06.2020 № 298 (в редакції від 17.08.2023 № 231), До ЄРДР вносяться відомості про: дату надходження заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення або виявлення з іншого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення; прізвище, ім'я, по батькові (найменування) потерпілого або заявника ; інше джерело, з якого виявлені обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення; короткий виклад обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, наведених потерпілим, заявником чи виявлених з іншого джерела; попередню правову кваліфікацію кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону про кримінальну відповідальність; передачу матеріалів та відомостей іншому органу досудового розслідування, дізнання або за місцем проведення досудового розслідування (ч. 5 ст. 36, ч. 7 ст. 214, статті 216, 218, п. 4 ч. 2 ст. 301 КПК) ; прізвище, ім'я, по батькові керівника органу прокуратури, прокурора, керівника органу досудового розслідування, слідчого, керівника органу дізнання, дізнавача, який вніс відомості до ЄРДР

Особливого значення інформація з ЄРДР, отримана за ухвалою слідчого судді (судді) набуває ще й у іншому аспекті, адже об'єктивна неможливість відновлення процесуальних документів (постанов) органу досудового розслідування за наявності зареєстрованих відомостей у ЄРДР не має перешкоджати встановленню факту наявності такого документа.

Доречно також зазначити, що відновлення слідчим суддею (судом) процесуальних документів досудового розслідування обумовлює можливість їх подальшого використання у кримінальному провадженні, незалежно від того, чи були ці матеріали відкриті стороні в порядку ст. 290 КПК, але лише за умови належного повідомлення про відкриття провадження, у якому суд має роз'яснити, що за бажанням відновити інші процесуальні документи у цьому кримінальному провадженні будь-який учасник наділений правом скласти свою заяву, наприклад, впродовж 10 днів з моменту отримання повідомлення, з метою прискорення процедури відновлення всіх зазначених учасниками документів в одному провадженні.

В аспекті вжиття заходів судом у тому разі, коли матеріали справи втрачені на етапі судового розгляду або після ухвалення вироку

та/або розпочав досудове розслідування та/або здійснює досудове розслідування чи процесуальне керівництво ; дату та час затримання особи (звільнення) ; обрання, зміну та скасування запобіжного заходу (статті 176–178, 200, 2011, 202, 299, 492, 493, 508, 615, 616 КПК), застосування обмежувальних заходів до особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством (ч. 6 ст. 194 КПК) ; час та дату повідомлення про підозру, зміну, скасування повідомлення про підозру, особу, яку повідомлено про підозру, правову кваліфікацію кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону про кримінальну відповідальність (ч. 4 ст. 278, ст. 279, ч. 1 ст. 2984, п. 11 ч. 2 ст. 307 КПК) ; час та дату складання повідомлення про підозру, особу, стосовно якої складено повідомлення про підозру, правову кваліфікацію кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону про кримінальну відповідальність у разі неможливості повідомлення такій особі про підозру з об'єктивних причин (стаття 277, частина перша статті 298^4 КПК України) ; юридичну особу, щодо якої можуть застосовуватися заходи кримінально-правового характеру (ч. 8 ст. 214 КПК, ст. 963 КК) ; дату та підставу здійснення (скасування) спеціального досудового розслідування (ч. 6 ст. 2974 КПК) ; зупинення та відновлення досудового розслідування (ч. 4 ст. 280, ч. 2 ст. 281, ч. 3 ст. 282, ч. 3 ст. 2985, п. 3 ч. 1 ст. 615 КПК) ; оголошення розшуку підозрюваного (ст. 281 КПК) ; об'єднання та виділення матеріалів досудових розслідувань (стаття 217 КПК) ; продовження строків тримання під вартою та досудового розслідування (статті 197, 199, 219, 294, ч. 1 ст. 2985, п. 2 ч. 1 ст. 615 КПК) ; встановлені, відшкодовані матеріальні збитки, суми пред'явлених позовів у кримінальному провадженні, вартість арештованого майна ; закінчення досудового розслідування (ч. 3 ст. 283, ст. 301 КПК) ; інші відомості, передбачені в електронних формах ЄРДР.

доречно процитувати пропозицію із проекту Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану» № 11265, згідно з якою для розгляду питання про відновлення матеріалів кримінального провадження суд вживає заходи для одержання наявної інформації щодо відповідного кримінального провадження з системи документообігу суду, на розгляді якого воно перебувало, або інших програмно-апаратних комплексів Державної судової адміністрації України (автоматизованої системи).

Наслідки відкриття провадження з відновлення матеріалів. На наш погляд, доцільно внести доповнення у ст. 280 КПК та ст. 335 КПК, у яких передбачити підставу для зупинення досудового розслідування (судового розгляду в судах першої та апеляційної інстанції) у зв'язку з відкриттям провадження з відновлення матеріалів провадження.

Заходи щодо відновлення матеріалів провадження. Це питання має стати ключовим при регламентації процедури відновлення.

Окрім зазначених вище заходів щодо витребування судом повного витягу з ЄРДР, наявної інформації щодо відповідного кримінального провадження з системи документообігу суду, на розгляді якого воно перебувало, або інших програмно-апаратних комплексів Державної судової адміністрації України (автоматизованої системи) на етапі відкриття провадження під час здійснення процедури відновлення необхідно законодавчо закріпити можливість застосування відповідного процесуального інструментарію, який має реалізовуватись в залежності від виду конкретного процесуального документа, про відновлення якого ставиться питання у заяві.

Так, у разі постановки питання щодо відновлення документів, які були отримані у порядку, передбаченому гл. 15 КПК, за наявністю підтвердженої інформації про вчинення такої процесуальної дії (з ЄРДР та/або з ЄДРСР), слід надати право суду, який здійснює провадження з відновлення, своєю ухвалою повторно надати дозвіл на отримання доступу сторонам до речей та документів, які знаходяться у розпорядженні окремих громадян, підприємств, установ та організацій.

Так само слід вирішувати питання щодо отримання копій висновків експерта з експертних установ або окремих експертів.

Набагато складнішою уявляється процедура відновлення документів, у яких зафіксовані результати слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій.

У цьому випадку, на нашу думку, слід надати суду, який здійснює провадження з відновлення втрачених матеріалів, широкі повнова-

ження щодо витребування у сторони інформації стосовно осіб, які приймали участь у цій слідчій (розшуковій) дії (у тому числі слідчого, прокурора, спеціаліста, понятих тощо), виклику їх у судове засідання та допиту з попередженням про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань щодо обставин проведення слідчої (розшукової) дії та її результатів.

З огляду на нашу концептуальну позицію стосовно посвідчувальної природи цього провадження, ще раз наголошуємо на тому, що суд не вдається до вирішення питання щодо достовірності, допустимості та належності тих доказів, які були отримані під час слідчої (розшукової) дії, процедура реконструкції протоколу цієї дії виключає застосування елементів змагальності (недоречно, на наш погляд, надавати можливість ставити сторонами одна іншій запитання, заперечувати проти достовірності наданої інформації тощо).

Така можливість буде надана учасникам провадження під час судового розгляду по суті, інакше процедура відновлення перетвориться у дублікат судового розгляду, що є неприпустимим.

Результати здійснення провадження з відновлення матеріалів.

Як ми зазначали, однією з вимог до відкриття цього виду провадження має стати вказівка на необхідність відновлення кожного процесуального документа окремо.

Отже за результатами здійсненого провадження має бути постановлене одне з двох рішень: 1) ухвала про визнання процесуального документа відновленим; 2) ухвала про визнання процесуального документа таким, що не може бути відновленим.

Про результат розгляду заяви про відновлення втрачених матеріалів належним чином мають бути повідомлені всі учасники. Судові рішення, постановлені за процедурою відновлення, оскарженню не підлягають, що не позбавляє зацікавленого суб'єкта звернутися повторно з заявою про відновлення втрачених матеріалів у разі надання додаткової інформації або документів, з яких убачалось би можливість такого відновлення.

Провадження у суді касаційної інстанції, по яким відкрито касаційне провадження та витребувано матеріали, але у зв'язку зі втратою вони не надійшли до ВС. Цей вид провадження потребує окремого розгляду.

Його особливістю є те, що судові рішення у справі набули законної сили, а суд касаційної інстанції є судом права, а не факту й, згідно з ч. 1 ст. 433 КПК, перевіряє правильність застосування судами першої та апеляційної інстанцій норм матеріального та процесуального права, правової оцінки обставин і не має права досліджувати докази,

встановлювати та визнавати доведеними обставини, що не були встановлені в оскарженому судовому рішенні, вирішувати питання про достовірність того чи іншого доказу.

З огляду на це вважаємо, що ВС не має бути ініціатором відновлення втрачених матеріалів провадження. Проте, якщо з наданих до касаційної скарги судових рішень та інших документів, убачаються підстави для її задоволення, вважаємо за доцільне надати можливість прийняти рішення, посилаючись виключно на додані матеріали, зокрема з постановленням ухвали в порядку п. 2 ч. 2 ст. 428 КПК.

Якщо ж для прийняття рішення судом касаційної інстанції доданих рішень та інших документів недостатньо, то до повноважень ВС слід додати роз'яснення особі, яка подала касаційну скаргу, права на звернення до місцевого суду, який ухвалив вирок, про відновлення матеріалів втраченого провадження та надання для цього відповідного строку, наприклад, 2-3 місяці, зі спливом якого касаційне провадження має бути закрито.

Висновки. Ураховуючи викладене, доходимо таких основних висновків.

1. Досліджено основні теоретико-правові проблеми реалізації кримінального процесуального інституту відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження.

2. Проаналізовано практику ЄСПЛ та актуальні судові рішення з огляду на досліджувану проблему.

3. Визначено правову природу механізму відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, обумовлену низкою неоднорідних властивостей.

4. З огляду на кардинально інше змістовне наповнення загальних засад кримінального процесу у цьому виді проваджень, висловлена позиція щодо недоцільності законодавчої регламентації цього інституту у КПК.

Незалежно від того, чи буде інститут відновлення регламентуватися окремим законом, чи будуть внесені зміни та доповнення до КПК, вважаємо, що нормативне забезпечення цього процесуального інституту має структурно виглядати наступним чином:

Стаття ___ Завдання провадження з відновлення втрачених матеріалів провадження

Відновлення матеріалів втраченого кримінального провадження здійснюються задля забезпечення подальшого проведення досудового розслідування та/або з метою проведення судового розгляду і досягнення завдань кримінального провадження, визначених у статті 2 КПК,

незалежно від причин та обставин втрати матеріалів, шляхом вчинення дій посвідчувального характеру й надання, у разі відновлення, процесуальному документу статусу офіційного.

Під час здійснення провадження з відновлення втрачених матеріалів провадження суд не вправі надавати оцінку здобутих фактичних даних з точку зору на їх належність та достовірність, а процесуальних дій, результати яких відновлюються — з точки зору допустимості.

Стаття ____Засади провадження з відновлення втрачених матеріалів провадження

Прокурор, який здійснює процесуальне керівництво у кримінальному провадженні, з метою реалізації публічності як загальної засади кримінального провадження самостійно або за зверненням дізнавача чи слідчого зобов'язаний у строк не більше 30 днів звернутися до суду, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, або іншого суду, визначеним у порядку, передбаченому законодавством, з заявою про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, якщо досудове розслідування не закінчилося або здійснюється судовий розгляд, але матеріали на момент втрати знаходилися у розпорядженні прокурора і не були надані суду для їх дослідження.

З метою здійснення гарантованого статтею 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та загальної засади кримінального провадження, закріпленої у статті 21 КПК, судового розгляду суд зобов'язаний у строк не більше 30 днів звернутися до суду, у якому відбувається/відбувався судовий розгляд або іншого суду, визначеним у порядку, передбаченому законодавством, з заявою про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, якщо матеріали кримінального провадження були у розпорядженні суду і їх втрата перешкоджає подальшому судовому розгляду.

Учасники кримінального провадження мають право з метою відстоювання власних прав та законних інтересів звернутися з заявою про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження:

до суду, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, або іншого суду, визначеним у порядку, передбаченому законодавством, якщо досудове розслідування не закінчилося або здійснюється судовий розгляд, але матеріали на момент втрати знаходилися у розпорядженні сторін і не були надані суду для їх дослідження;

до суду, у якому відбувається/відбувався судовий розгляд або іншого суду, визначеним у порядку, передбаченому законодавством, якщо

матеріали кримінального провадження були у розпорядженні суду і їх втрата перешкоджає подальшому судовому розгляду та ускладнює захист прав та законних інтересів учасника кримінального провадження.

Стаття _____ Підсудність проваджень з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження. Склад суду.

Відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження здійснюється одноособово суддею місцевого суду:

у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування у разі втрати матеріалів кримінального провадження, які знаходилися у розпорядженні прокурора;

у якому здійснюється судовий розгляд у разі втрати матеріалів, які знаходилися у розпорядженні суду;

у якому здійснювався судовий розгляд у разі втрати матеріалів після ухвалення судового рішення по справі.

Суддя, який здійснював судовий контроль під час досудового розслідування або розглядав кримінальне провадження, не може бути суддею у провадженні з відновлення матеріалів кримінального провадження.

Суддя, який здійснював провадження з відновлення матеріалів провадження не може у подальшому здійснювати функції слідчого судді або судді у кримінальному провадженні.

У разі об'єктивної неможливості розгляду судом провадження з відновлення матеріалів кримінального провадження питання територіальної підсудності вирішуються в порядку, передбаченому статтею 34 КПК.

Стаття ___Вимоги до заяви про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження.

Заява про відновлення матеріалів має містити:

назву кримінального провадження (номер з Єдиного реєстру досудових розслідувань, унікальний номер судової справи, номер провадження тощо);

посилання на документи, які свідчать, що особа, яка звертається за відновленням матеріалів, була учасником цього провадження, а у разі, якщо особа не була залучена до кримінального провадження — обґрунтування необхідності відновлення для захисту власних прав та законних інтересів;

посилання на документи, які засвідчують втрату матеріалів кримінального провадження;

у разі ініціювання процедури відновлення матеріалів судом — підтвердження здійсненого розподілу справи;

за можливістю — інформацію про інших учасників кримінального провадження (процесуальний статус, адреси проживання, засоби зв'язку тощо);

перелік процесуальних документів (кожного окремо), за відновленням яких звертається особа, зі вказівкою на назву, дату прийняття або складання, перелік учасників процесуальної дії.

Стаття___ Відкриття провадження з відновлення матеріалів кримінального провадження. Підготовчі дії.

У разі дотримання вимог щодо заяви суд своєю ухвалою відкриває провадження з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження та призначає дату розгляду, яку не пізніше наступного дня направляє ініціатору провадження, а також відомим із заяви учасникам кримінального провадження.

Якщо заява учасника кримінального провадження про відновлення втрачених матеріалів не відповідає визначеним вимогам, суд ухвалою залишає її без руху та встановлює строк не більше п'ятнадцяти днів з дня отримання копії ухвали для усунення недоліків.

У разі не усунення недоліків, зазначених в ухвалі, суд постановляє ухвалу про відмову у відкритті провадження з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження.

Суд не вправі відмовити у відкритті провадження з відновлення втрачених матеріалів провадження у разі подання заяви прокурором або судом.

Під час підготовки до розгляду заяви про відновлення суд своєю ухвалою:

направляє запит про надання повної інформації з Єдиного реєстру досудового розслідування;

витребує наявну інформацію щодо відповідного кримінального провадження з системи документообігу суду, на розгляді якого воно перебувало, або інших програмно-апаратних комплексів Державної судової адміністрації України (автоматизованої системи).

Стаття_____Наслідки відкриття провадження з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження.

Відкриття провадження з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження є підставою для зупинення досудового розслідування лише у разі відсутності процесуальних можливостей для здійснення інших процесуальних, у тому числі слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій.

Відкриття провадження з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження є підставою для зупинення судового розгляду у судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій.

Зупинені досудове розслідування або судовий розгляд підлягають відновленню не пізніше наступного дня з моменту прийняття судом рішення за результатами провадження з відновлення втрачених матеріалів провадження.

Стаття _____Розгляд судом заяви про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження.

У день та час, призначений для розгляду заяви про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, суд відкриває засідання та перевіряє явку учасників кримінального провадження або осіб, які не були залучені до кримінального провадження, проте стали ініціаторами провадження, належним чином обґрунтувавши своє звернення необхідністю захисту власних прав та законних інтересів, причини неявки інших учасників процесу.

У провадженні, яке було відкрито за заявою прокурора у зв'язку із втратою матеріалів, які знаходилися у розпорядженні прокурора, участь прокурора є обов'язковою.

У провадженні, яке було відкрито за заявою суду у зв'язку із втратою матеріалів, які знаходилися у розпорядженні суду, участь головуючого судді є обов'язковою.

У провадженні, яке було відкрито за заявою учасника кримінального провадження, участь заявника є обов'язковою.

Суд заслуховує пояснення ініціатора провадження з відновлення матеріалів втраченого провадження про обставини втрати матеріалів, з'ясовує його думку з приводу можливих способів відновлення та кола осіб, яким відомо про обставини, які були зафіксовані у втрачених матеріалах провадження, та яких слід допитати.

Якщо у засідання з'явилися учасники кримінального провадження, які не подавали заяву про відновлення матеріалів, проте вважають, що відновленню підлягають й інші процесуальні документи, про які не зазначав заявник, суд надає цьому учаснику час, необхідний для подання заяви і відкладає, на строк не більше п'ятнадцяти днів, розгляд заяви про відновлення матеріалів втраченого провадження.

У разі відкриття провадження з відновлення втрачених матеріалів за заявою іншого учасника провадження, який не був первісним його ініціатором, суд своєю ухвалою об'єднує відкриті провадження в одне провадження.

Якщо учаснику кримінального провадження було відомо про здійснення провадження з відновлення втрачених матеріалів й він не ініціював провадження з відновлення додаткових процесуальних документів, окрім тих про які просив первісний заявник, це позбавляє таку особу права ініціювати таке провадження з відновлення у подальшому.

Стаття _____Заходи та засоби відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження

З метою відновлення процесуальних документів, у яких фіксувалося рішення уповноваженої особи (постанов, доручень, ухвал слідчого судді, ухвал та вироків суду тощо) суд вправі своєю ухвалою витребувати з автоматизованих систем, а також з наглядових проваджень прокурора необхідну інформацію, яка б свідчила про прийняття такого рішення та його зміст.

У разі неможливості отримати інформацію зазначеним вище способом, суд вправі допитати відповідних посадових осіб прокуратури або органу досудового розслідування, слідчих суддів та суддів, які приймали рішення.

У разі необхідності відновлення втрачених матеріали, які були отримані за запитом прокурора, слідчого, дізнавача, в результаті тимчасового доступу до речей та документів або проведення експертного дослідження суд своєю ухвалою витребує копії відповідей на запити, документів, до яких надавався тимчасовий доступ, висновків експерта.

Якщо не виявилося можливим відновити втрачені матеріали зазначеним способом, суд вправі допитати осіб, які надавали відповіді на запити, або у розпорядженні яких знаходилися оригінали документів, до яких надавався тимчасовий доступ, або експертів про факт вчинення процесуальних дій та їх результати.

З метою відновлення втраченого протоколу слідчої (розшукової) або негласної слідчої (розшукової) дії суд викликає учасників процесуальної дій та допитує їх з приводу процедури її проведення та отриманих результатів.

Допит осіб, які викликаються у провадженні з відновлення втрачених матеріалів здійснюється окремо за відсутністю ініціаторів провадження та інших свідків та учасників кримінального провадження.

Суд попереджає свідка про кримінальну відповідальність за статтею 383 КК та роз'яснює йому право відмовитися від надання показань у випадках, передбачених чинним законодавством.

Відновлення протоколу слідчої (розшукової) або негласної слідчої (розшукової) дії здійснюється шляхом викладення окремо показань учасників цієї процесуальної дії.

Стаття_____Результати провадження з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження.

За результатами здійсненого провадження має бути постановлене одне з двох рішень:

ухвала про визнання процесуального документа відновленим;

ухвала про визнання процесуального документа таким, що не може бути відновленим.

Про результат розгляду заяви про відновлення втрачених матеріалів повідомляються ініціатори провадження та учасники кримінального провадження.

Судові рішення, постановлені за процедурою відновлення, оскарженню не підлягають, що не позбавляє зацікавленого суб'єкта звернутися повторно з заявою про відновлення втрачених матеріалів у разі надання додаткової інформації або документів, з яких убачалось би можливість такого відновлення.

Стаття _____Особливості касаційного розгляду у разі втрати матеріалів кримінального провадження, які були у розпорядженні судів.

Верховний Суд не є ініціатором відновлення втрачених матеріалів провадження.

Якщо з наданих до касаційної скарги судових рішень та інших документів, убачаються підстави для її задоволення, суд касаційної інстанції вправі ухвалити постанову про задоволення касаційної скарги, скасування рішень судів першої або апеляційної інстанції і призначення нового розгляду в суді першої чи апеляційної інстанції.

Якщо для прийняття рішення судом касаційної інстанції доданих рішень та інших документів недостатньо для ухвалення судового рішення, суд роз'яснює особі, яка подала касаційну скаргу, право на звернення до місцевого суду із заявою про відновлення матеріалів втраченого провадження, та надає для цього строк не більше 3 місяців.

Відкриття місцевим судом провадження з відновлення втрачених матеріалів провадження є підставою для зупинення касаційного провадження. Якщо особа, яка подала касаційну скаргу, не скористалася наданим правом, касаційне провадження підлягає закриттю.

У разі якщо доводи касаційної скарги пов'язані з оспорюванням допустимості результатів процесуальної дії та місцевим судом визнано

процесуальний документ таким, що не може бути відновленим, касаційне провадження підлягає закриттю.

У разі визнання місцевим судом процесуального документа відновленим, суд касаційної інстанції розглядає касаційну скаргу у межах касаційної скарги з урахуванням відновлених матеріалів кримінального провадження.

Розділ 3. ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО ІНСТИТУТУ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Оксана БРОНЕВИЦЬКА,
кандидат юридичних наук, доцент
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін навчально-наукового інституту права та правоохоронної діяльності
Львівського державного університету внутрішніх справ

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0913-7033

Анотація. Стаття присвячена комплексному дослідженню правового статусу військовополонених у системі норм міжнародного гуманітарного право та у чинному законодавстві України, а також аналізу особливостей кримінальної процесуальної процедури, що застосовується під час здійснення їх обміну. У роботі докладно розглядається еволюція та зміст правового визначення поняття «військовополонений» у міжнародних договорах, зокрема в положеннях Женевської конвенції про поводження з військовополоненими 1949 р. та Додатковому протоколі до неї, і порівнюється з підходами, закріпленими у національних нормативно-правових актах України. Значну увагу приділено аналізу особливостей кримінальних проваджень, у межах яких військовополонені можуть перебувати в статусі підозрюваних, обвинувачених або засуджених. Зокрема, досліджено питання оперативності здійснення кримінального провадження та процедури організації обміну військовополонених, дотримання принципу забезпечення права на захист та участі захисника, процесуальні особливості притягнення до кримінальної відповідальності, затримання та обрання запобіжного заходу щодо військовополоненого. Окремо висвітлено специфіку проведення підготовчого провадження та судового розгляду кримінальних проваджень за участю військовополонених. У статті проаналізовано релевантну судову практику національних судів, яка демонструє проблемні аспекти правозастосування та виявляє прогалини у чинному регулюванні. Автором звернено увагу на низку техніко-юридичних неточностей і неузгодженостей чинного законодавства, що можуть створювати труднощі у його тлумаченні та практичному застосуванні, особливо у контексті забезпечення правового статусу військовополонених під час обміну. За

результатами проведеного дослідження сформульовано низку висновків і пропозицій, спрямованих на удосконалення правового регулювання відповідних процедур та забезпечення належного рівня процесуальних гарантій для військовополонених, які залучені до кримінальних проваджень.

Ключові слова: військовополонений, міжнародне гуманітарне право, національне законодавство, кримінальне провадження, обмін військовополонених, процесуальні гарантії, право на захист, право на справедливий суд, засуджений, вирок, ухвала, запобіжні заходи, кримінальна відповідальність, спеціальне судове провадження.

Oksana BRONEVYTSKA

IMPROVEMENT OF THE LEGAL STATUS OF PRISONERS OF WAR IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Abstract. The article is devoted to a comprehensive study of the legal status of prisoners of war in the system of norms of international humanitarian law and in the current legislation of Ukraine, as well as an analysis of the features of the criminal procedure applied during their exchange. The work examines in detail the evolution and content of the legal definition of the concept of «prisoner of war» in international treaties, in particular in the provisions of the Geneva Convention on Prisoners of War of 1949 and the Additional Protocol thereto, and compares it with the approaches enshrined in the national regulatory legal acts of Ukraine. Considerable attention is paid to the analysis of the features of criminal proceedings, within which prisoners of war may be in the status of suspects, accused or convicted. In particular, the issues of the efficiency of criminal proceedings and the procedure for organizing the exchange of prisoners of war, compliance with the principle of ensuring the right to defense and the participation of a defense attorney, procedural features of bringing to criminal liability, detention and the selection of a preventive measure for a prisoner of war are researched. The specifics of conducting preparatory proceedings and trial of criminal cases involving prisoners of war are separately highlighted. The article analyzes the relevant judicial practice of national courts, which demonstrates problematic aspects of law enforcement and identifies gaps in the current regulation. The author draws attention to a number of technical and legal inaccuracies and inconsistencies in the current legislation, which may create difficulties in its interpretation and practical application, especially in the context of ensuring the legal status of prisoners

of war during exchange. Based on the results of the study, a number of conclusions and proposals have been formulated aimed at improving the legal regulation of relevant procedures and ensuring an adequate level of procedural guarantees for prisoners of war involved in criminal proceedings.

Key words: prisoner of war, international humanitarian law, national legislation, criminal proceedings, exchange of prisoners of war, procedural guarantees, right to defense, right to a fair trial, convicted person, sentence, ruling, preventive measures, criminal liability, trial in absentia.

Триваюча збройна агресія російської федерації проти України в порушення Статуту ООН і норм міжнародного права призвела до широкого кола порушень МГП та міжнародного права прав людини (далі — МППЛ). З 24.02.2022 велика кількість членів збройних сил та інших комбатантів були захоплені в полон сторонами цього міжнародного збройного конфлікту. В цих умовах російської збройної агресії проти України набувають актуальності питання правової регламентації статусу військовополонених, гарантії дотримання їхніх прав і свобод під час перебування у полоні, умови та порядок звільнення з полону у випадку визнання судом військовополоненого невинуватим у вчиненні кримінального правопорушення у контексті міжнародного гуманітарного права, а також національного законодавства[935].

Ставлення до військовополонених відображає ціннісний рівень розвитку держави. Україна має продемонструвати, що ми відрізняємося від свого ворога. На нас дивляться західні партнери. Один з найскладніших викликів — показати, що навіть у важких умовах ми дотримуємося взятих на себе зобов'язань, ми є надійним партнером, на міжнародній арені зокрема. Це єдиний шлях цивілізованої країни[936].

Станом на серпень 2025 р. відповідно до інформації, наданої Офісом Генерального прокурора, в Україні 18 військовополонених вже засуджені за вчинення воєнних злочинів за ст. 438 КК України, ще 8 справ щодо 26 військовополонених перебувають на стадії судового розгляду.

При написанні цього розділу ставилося завдання проаналізувати поняття «військовополонений», визначити статус військовополоненого у

935

936

[935] Інформаційна довідка щодо окремих питань статусу військовополонених в Україні. URL: https://research.rada.gov.ua/uploads/documents/33291.pdf

[936] Бєлоусов Ю. Військовополонені: хто ці люди і навіщо вони Україні. 21.06.2022 р. URL: https://surl.li/oyzdjk

кримінальному провадженні у випадку вчинення ним/нею воєнного злочину, дати аналіз діючому законодавству та запропонувати зміни до нього відповідно до вимог міжнародних стандартів поводження та здійснення правосуддя щодо військовополонених. Задля наочності певних тверджень чи проілюструвати розуміння та застосування норм МГП та національного законодавства у правозастосовній практиці, мною були проаналізовані 50 вироків та 48 ухвал з Єдиного державного реєстру судових рішень щодо засуджених чи обвинувачених у вчиненні воєнних злочинів. З них знайдено лише 15 вироків та ухвал, що стосуються військовополонених. Також я аналізувала окремі рішення МКС та воєнних трибуналів *ad hoc*.

Визначення поняття та категорій осіб, що підпадають під правовий статус «військовополоненого». Правовий статус військовополонених визначається низкою міжнародних правових актів та нормами національного законодавства.

Міжнародні норми:

1. IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі від 18.10.1907[937].

2. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12.08.1949[938].

3. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12.08.1949, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 08.06.1977[939].

4. Конвенція проти катувань та інших жорстких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10.12.1984[940].

Національне законодавство:

1. Закон України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25.03.1992[941].

937

938

939

940

941

[937] IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі від 18.10.1907. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text

[938] Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12.08.1949. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text

[939] Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 08.06.1977. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text

[940] Конвенція проти катувань та інших жорстких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10 грудня 1984 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text

[941] Про військовий обов'язок і військову службу: Закон України від 25.03.1992. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2232-12#Text

2. Закон України «Про оборону України» від 06.12.1991[942].

3. Закон України «Про соціальний і правовий захист осіб, стосовно яких встановлено факт позбавлення особистої свободи внаслідок збройної агресії проти України, та членів їхніх сімей» від 26.01.2022.[943].

4. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування питань, пов'язаних із військовополоненими в особливий період» від 24.03.2022[944].

5. Постанова КМУ «Про затвердження Порядку тримання військовополонених» від 05.04.2022 № 413[945].

6. Постанова КМУ «Про Порядок здійснення заходів щодо поводження з військовополоненими в особливий період» від 17.06.2022 № 721[946].

7. Постанова КМУ «Деякі питання виконання Закону України «Про соціальний і правовий захист осіб, стосовно яких встановлено факт позбавлення особистої свободи внаслідок збройної агресії проти України, та членів їхніх сімей» від 15.11.2022 № 1281[947].

8. Постанова КМУ «Про затвердження Порядку оформлення довідок про перебування осіб у місцях несвободи внаслідок збройної агресії проти України або інтернування в нейтральних державах» від 20.01.2023 № 55[948].

942 Про оборону України : Закон України від 06.12.1991. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12#Text

943 Про соціальний і правовий захист осіб, стосовно яких встановлено факт позбавлення особистої свободи внаслідок збройної агресії проти України, та членів їхніх сімей : Закон України від 26.01.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2010-20#Text

944 Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування питань, пов'язаних із військовополоненими в особливий період : Закон України від 24.03.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2158-20#Text

945 Про затвердження Порядку тримання військовополонених: Постанова КМУ від 05.04.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/413-2022-%D0%BF#Text

946 Про Порядок здійснення заходів щодо поводження з військовополоненими в особливий період : Постанова КМУ від 17.06.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/721-2022-%D0%BF#Text

947 Деякі питання виконання Закону України «Про соціальний і правовий захист осіб, стосовно яких встановлено факт позбавлення особистої свободи внаслідок збройної агресії проти України, та членів їхніх сімей : Постанова КМУ від 15.11.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1281-2022-%D0%BF#Text

948 Про затвердження Порядку оформлення довідок про перебування осіб у місцях несвободи внаслідок збройної агресії проти України або інтернування в нейтральних державах : Постанова КМУ від 20.01.2023. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-2023-%D0%BF#Text

9. Порядок організації та здійснення супроводження та охорони військовополонених з місць (місцевостей), де вони утримуються після взяття їх в полон, до таборів для тримання військовополонених або дільниць для тримання військовополонених, затверджений спільним наказом Міністерства оборони України та Міністерства розвитку громад, територій та інфраструктури України від 08.01.2024 № 15/12[949].

10. Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у ЗСУ, затверджена наказом Міністерства оборони України від 23.03.2017 № 164[950].

При цьому, статус військовополоненого є вторинним щодо статусу комбатанта. Це означає, що в більшості випадків саме комбатанти мають право на статус військовополоненого, який надає ряд гарантій та прав за Гаазькою конвенцією IV 1907 р., Женевською конвенцією III 1949 р., Додатковим протоколом I 1977 р. та звичаєвим МГП. Окрім комбатантів, відповідно до ст. 3 Гаазької Конвенції IV та ст. 4 Женевської Конвенції III, статус військовополонених поширюється на цивільних осіб, які супроводжують збройні сили[951]. Такими вважаються, наприклад, цивільні особи з екіпажів військових літаків, військові кореспонденти, постачальники, особовий склад робочих підрозділів або служб побутового обслуговування збройних сил тощо. Також цей статус може стосуватися інших цивільних осіб, таких як члени екіпажів суден торговельного флоту, зокрема капітани, лоцмани та юнги, а також екіпажів цивільних повітряних суден сторін конфлікту[952].

Статус комбатантів, у свою чергу, належить особам зі складу збройних підрозділів, що виконують вимоги, висунуті до них статтею 1

[949] Порядок організації та здійснення супроводження та охорони військовополонених з місць (місцевостей), де вони утримуються після взяття їх в полон, до таборів для тримання військовополонених або дільниць для тримання військовополонених : Наказ Міністерства оборони України та Міністерства розвитку громад, територій та інфраструктури України від 08.01.2024. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0116-24#Text

949

[950] Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : Наказ Міністерства оборони України від 23.03.2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text

950

[951] Статус «військовополонений» — новий виклик для системи правосуддя. URL: https://surl.li/mhfkgg

951

[952] Грушко М. В. Становлення та специфіка міжнародно-правового режиму військовополонених. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.11 — міжнародне право. НУ «Одеська юридична академія». Одеса. 2015. С. 8. (дата звернення — 30.08.2025 р.)

Гаазької Конвенції IV та статтею 4 Женевської Конвенції III (за Женевською Конвенцією цей статус формально поширюється лише на членів неінкорпорованих до збройних сил ополчень та добровольчих загонів, але де-факто є й вимогами до регулярних збройних сил та інкорпорованих формувань):

a) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих;

b) вони мають постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані;

c) вони носять зброю відкрито;

d) вони здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни».

Перша та остання вимоги висуваються МГП не до кожної конкретної особи, що бере участь у збройних діях, а до військових підрозділів загалом. Так, особа не позбувається статусу комбатанта (і, відповідно, вторинного статусу військовополоненого) через те, що не виконує одну чи й обидві з цих вимог, до того часу, поки її підрозділ їх виконує.

Для окремих випадків ст. 4 Женевської Конвенції III визначила достатність виконання лише двох критеріїв (відкрите носіння зброї та дотримання законів та звичаїв війни), для того, щоб особи могли розраховувати на статус комбатанта та, як наслідок, військовополоненого. Це стосується осіб, що стихійно об'єднуються в озброєні формування з метою протистояти супротивнику (*levée en masse*), а саме: «жителі неокупованої території, які під час наближення ворога озброюються, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни»[953].

Стаття 43(1) Додаткового протоколу I додатково роз'яснює, що збройні сили сторони, що перебуває в конфлікті, складаються з усіх організованих збройних сил, груп і підрозділів, що перебувають під командуванням особи, відповідальної перед цією стороною за поведінку своїх підлеглих. Ця стаття Додаткового протоколу I, по суті, фіксує той факт, що до збройних сил держави для цілей МГП можуть належати не лише ті формування, що відповідно до національного законодавства позначаються як складові збройних сил. Серед таких формувань можуть бути й напіввоєнні організації чи озброєні організації, якими в росії можуть вважатись, наприклад, поліція, росгвардія, ОМОН тощо. У разі включення подібних формувань до збройних сил, сторона в конфлікті повинна повідомляти про це іншу. Разом з тим, у рішенні в справі

953

[953] International Humanitarian Law Databases. URL: https://surl.lu/vkqcra

Prosecutor v. Sesay[954] Спеціальний суд по Сьєрра-Леоне відзначив, що функцією поліції є підтримання внутрішнього порядку, а відтак працівники поліції повинні розглядатися за загальним правилом як цивільні особи. Палата вважає, що статус працівників поліції під час збройного конфлікту повинен визначатися в кожному конкретному випадку з урахуванням конкретних фактів. Наприклад, цивільна поліція може бути включена до складу збройних сил, що призведе до того, що поліцейські будуть вважатися комбатантами, а не цивільними особами. Таке включення може відбуватися де-юре, шляхом прийняття офіційного закону, або де-факто.

У національному законодавстві поняття «військовополонений» деталізовано в положеннях Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у ЗСУ, затвердженої наказом Міністерства оборони України від 23.03.2017 № 164.

Відповідно до п. 8 глави 2 розділу ІІ цієї Інструкції військовополоненими є особи, які потрапили в полон до супротивника й належать до однієї з таких категорій:

– особовий склад збройних сил сторони конфлікту, а також члени ополчення або добровольчих загонів, які є частиною цих збройних сил;

– члени інших ополчень та добровольчих загонів, зокрема члени організованих рухів опору, які належать до однієї зі сторін конфлікту й діють на своїй території або за її межами, навіть якщо цю територію окуповано, за умови, що ці ополчення або добровольчі загони, зокрема організовані рухи опору, відповідають таким умовам: ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих; вони мають постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані; вони носять зброю відкрито; вони здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни;

– члени особового складу регулярних збройних сил, які заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує;

– особи, які супроводжують збройні сили, але фактично не входять до їх складу, наприклад, цивільні особи з екіпажів військових літаків, військові кореспонденти, постачальники, особовий склад робочих підрозділів або служб побутового обслуговування збройних сил за умови, що вони отримали на це дозвіл тих збройних сил, які вони супроводжують, для чого останні видають їм посвідчення особи за зразком;

954

[954] Special Court for Sierra Leone. Judgement in case “Prosecutor v. I.H. Sessay, M. Kallon, A. Gbao” on 2 March 2009. URL: https://surl.li/wfmuew

– члени екіпажів суден торговельного флоту, зокрема капітани, лоцмани та юнги, а також екіпажів цивільних повітряних суден сторін конфлікту, які не користуються більш сприятливим режимом згідно з будь-якими іншими положеннями міжнародного права;

– жителі неокупованої території, які під час наближення ворога озброюються, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни[955].

Громадянство військовополонених.

Відповідно до ст. 4 Женевської Конвенції III, статус військовополоненого поширюється на осіб, «які потрапили в полон до супротивника». Таким чином, буквальне прочитання ст. 4 Женевської Конвенції III вимагає поширення статусу військовополоненого на будь-яку особу незалежно від громадянства, що потрапила до рук супротивної сторони конфлікту. Коментатори Женевської Конвенції III безсумнівно вважають можливим розповсюдження Конвенції на осіб з іншим громадянством, ніж громадянство держави, яка є стороною в конфлікті[956]. Як відзначав у своїй класичній праці з міжнародного права Ласса Оппенгейм, практично жодна війна не відбувалася без участі іноземців у складі армій супротивників[957]. У міжнародних збройних конфліктах не рідкістю є ситуація, коли громадяни держави беруть участь в бойових діях на боці її супротивника. До прикладу, «власівці» в складі Вермахту, збройні формування так званих «ДНР» та «ЛНР» в складі ЗС рф, або навіть добровольчі формування що складаються з громадян рф у складі ЗСУ. При захопленні таких осіб у полон збройними формуваннями країни їхнього громадянства постає питання, чи наділяються вони статусом комбатанта та чи мають право на пов'язані з цим привілеї, зокрема, статус військовополоненого. Звичаєві та договірні норми МГП не дають чіткої відповіді щодо цього питання, зокрема міжнародна практика показує, що більшість випадків розглядається індивідуально.

955

[955] Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : Наказ Міністерства оборони України від 23.03.2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text

956

Шкарабан А. Визначення поняття «військовополонений» в національному законодавстві. Європейські перспективи. 2024. № 4. С. 349.

957

[956] Головюк І. Норми міжнародного гуманітарного права стосовно військовополонених. 21.01.2024. URL: https://surl.lu/wexvqn

[957] Коваль Д. Громадяни власної держави як військовополонені. 2024. URL: https://surli.cc/bacpgm

Д. Коваль у своїй аналітичній статті для *Truth Hounds*[958] визначає, що більше сумнівів та різні точки зору серед експертів з МГП існує щодо можливості поширення Женевської Конвенції III (надання вторинного статусу військовополоненого та визнання існування первинного статусу комбатанта) на осіб, що є громадянами держави, яка бере в полон. Далі автор аналізує дві позиції, де наводяться аргументи, чому громадяни держави, яка бере в полон, можуть або не можуть набувати статусу військовополоненого.

Противники посилаються на наступні статті Женевської Конвенції:

«Стаття 87 … Під час призначення покарання військові суди або власті держави, що тримає в полоні, максимально враховують той факт, що підсудний, не будучи громадянином держави, що тримає в полоні, не пов'язаний з нею жодним обов'язком бути вірним їй і що він знаходиться під її владою внаслідок обставин, не залежних від його волі. Зазначені суди чи військові власті мають можливість пом'якшити покарання, призначене за правопорушення, в якому обвинувачують військовополоненого, і, отже, не зобов'язані дотримуватися передбаченого законом мінімуму цього покарання. … Стаття 100 … Смертний вирок військовополоненому виносять лише у випадку, коли відповідно до другого абзацу статті 87 увагу суду було звернено на той факт, що, оскільки підсудний не є громадянином держави, що тримає в полоні, він не пов'язаний з нею обов'язком бути вірним їй і що він знаходиться під її владою внаслідок обставин, не залежних від його волі».

Позиція ж МКЧХ, чи не найавторитетнішої організації у сфері застосування та тлумачення МГП, зводиться до визнання деякої невизначеності в Женевській Конвенції III щодо можливості поширювати статус військовополоненого на громадян держави, що бере в полон.

Втім, МКЧХ загалом констатує, що власні громадяни, у ситуації коли вони виявили лояльність до іншої сторони конфлікту, повинні отримувати статус військовополоненого. МКЧХ додатково пояснює, що попри необхідність поширення статусу військовополоненого на власних громадян, держави не мають зобов'язання за МГП утримуватися від притягнення таких осіб до відповідальності за державну зраду чи схоже порушення. На додачу до написаного вище, важливим супутнім аргументом щодо поширення статусу військовополонених на власних громадян є поступова втрата значимості концепції громадянства в МГП. Це зокрема добре видно у висновках МКТЮ у справі *Tadić*. У ній МКТЮ коментував Женевську Конвенцію IV, у якій є пряма згадка про

[958] Коваль Д. Громадяни власної держави як військовополонені. 2024. Там само.

громадянство в контексті поширення її захисту на громадян держави, що здійснює окупацію чи інші дії, які можуть вразити її власних цивільних. Трибунал констатував у прив'язці до Женевської Конвенції IV навіть у 1949 р. держави-укладачі Женевських Конвенцій мали на меті поширити дію Конвенцій в тому числі на осіб, які хоч і мають громадянство однієї держави, проте виявляють лояльність до іншої[959].

Уже в загальному висновку, без однозначної прив'язки до Женевської Конвенції IV, МКТЮ відзначив, що більше значення в сучасному МГП має не формальне громадянство, а саме лояльність до сторони в конфлікті: «Цей правовий підхід, що ґрунтується на змістовних відносинах, а не на формальних зв'язках, набуває все більшого значення в сучасних міжнародних збройних конфліктах. Якщо раніше війни точилися переважно між усталеними державами, то в сучасних міжетнічних збройних конфліктах, таких як у колишній Югославії, під час конфлікту часто утворюються нові держави, і підставою для лояльності (*allegiance*) може стати етнічна приналежність, а не громадянство. Або, інакше кажучи, етнічна приналежність може стати визначальною для національної приналежності. За таких умов вимога щодо громадянства є ще менш релевантною для визначення кола осіб, які підлягають захисту. У таких конфліктах не тільки текст та історія розробки Конвенції, але й, що більш важливо, об'єкт і мета Конвенції свідчать про те, що лояльність до сторони конфлікту і, відповідно, контроль, що має ця сторона над особами на певній території, може розглядатися як вирішальний критерій[960].

Особа, яка брала участь у воєнних діях і потрапила в полон, якщо така особа має право та претендує на статус військовополоненого або якщо держава, від якої вона залежить, вимагає для неї такого статусу шляхом повідомлення Україні або державі–покровительці, вважається військовополоненим[961].

Цим шляхом також йде судова практика в Україні. З поміж проаналізованих з Єдиного реєстру судових рішень, було виявлено 3 вироки, де

959

961[1]

961[2]

[959] International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Judgement of the Appeals Chamber in case "Prosecutor v. Dusko Tadic" on 15 July 1999, paras. 164-166. URL: https://surl.li/ltbgxg

[960] Коваль Д. Громадяни власної держави як військовополонені. 2024. Там само.

[961] Порядок здійснення заходів щодо поводження з військовополоненими в особливий період. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/721-2022-%D0%BF#Text ; Хто вважається військовополоненим і що йому гарантує закон. URL: https://surl.li/tcxiat

засуджений є громадянином України та одночасно перебуває у статусі військовополоненого, зокрема:

1. ОСОБА 4, уродженець м. Макіївка Донецької області, **громадянин України**, засуджений за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 28, ч. 1 ст. 438 КК.

ОСОБА 4, перебуваючи на ТОТ м. Макіївка Донецької області, 23.02.2022 був призваний під час загальної мобілізації до так званої армії «ДНР» для проходження військової служби зі зброєю та участі у проведенні бойових дій проти України на боці рф. У подальшому вказаний громадянин, у березні 2022 р. безпосередньо приймав участь у бойових діях проти підрозділів ЗСУ та інших військових формувань України, вчинив при цьому злочин проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку.

Враховуючи, що обвинувачений утримується в умовах ізоляції від суспільства як військовополонений на підставі спільного наказу Міністерства оборони України та Міністерства юстиції України…[962].

2. Обвинувачений ОСОБА 3, який є **громадянином України** діючи на боці ворога держави–агресора рф, перебуваючи у складі 3 стрілкового взводу 1 роти 5 батальйону 109 полку «Народної міліції «ДНР» (далі «НМ «ДНР»), який діяв на користь та був у підпорядкуванні невстановлених військовослужбовців ЗС рф, … беручи участь у бойових діях… 07.04.2022 року чотирьох військовослужбовців, в тому числі обвинуваченого, було взято в полон. Всі військовослужбовці, в тому числі й обвинувачений, мали громадянство самопроголошеної ДНР, були призвані за мобілізацією та проходили службу у 3 стрілецькому взводі 1 стрілецької роти 5 стрілецького батальйону 109 полку.[963].

3. ОСОБА 6, уродженець м. Цюрупинськ, Херсонської області, **громадянин України**, засуджений за вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 28, ч. 1 ст. 438 КК.

ОСОБА 6 відкрито носив автоматичну зброю, формений одяг та спорядження, які приналежні військовим рф, тобто відповідно до ст. ст. 43, 44 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12.08.1949, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол І), від 08.06.1977 був комбатантом[964].

962

963

964

[962] Вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 26.12.2022. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/108069837

[963] Вирок Саксаганського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 10.10.2023. у справі № 522/3868/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/114042300

[964] Вирок Херсонського міського суду Херсонської області від 05.08.2024. у справі № 766/1560/24. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/120819241

Процесуальний статус військовополоненого. Загалом усі військовополонені поділяються на 2 групи. До першої відносяться військовополонені, які не підозрюються у вчиненні воєнних злочинів. Відповідно, вони не підлягають кримінальній відповідальності, а отже, стосовно них не відкривається кримінальне провадження і не обираються запобіжні заходи. До другої групи відносяться військовополонені, які в рамках кримінального провадження отримали певний процесуальний статус. Зокрема, ідеться про статус підозрюваного, обвинуваченого або навіть засудженого у справах про вчинення воєнних злочинів. У зв'язку з цим постає запитання, як подібний процесуальний статус військовополоненого впливає на можливості його обміну, та чи містить міжнародне або національне право відповіді щодо зазначених ситуацій.

Визначення військовополоненого у КПК відсутнє. Особа, стосовно якої уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополоненого, — будь-яка особа, яка має процесуальний статус підозрюваного, обвинуваченого, засудженого та яка включена відповідним уповноваженим органом до списку для обміну як військовополонений.

Ознакою такої особи є те, що вона:

1) має статус комбатанта, що визначено Женевськими конвенціями;

2) вчинила воєнний злочин;

3) такі дії були вчинені під час збройного конфлікту міжнародного характеру, зокрема, між Україною та росією;

4) їй повідомлено про підозру у вчиненні воєнного злочину (або до суду подано обвинувальний акт проти неї, або винесено обвинувальний вирок);

5) отримала процесуальний статус підозрюваного (обвинуваченого, якщо обвинувальний акт подано до суду, або засудженого);

6) уповноваженим органом прийнято рішення про обмін її як військовополоненої;

7) яка включена відповідним уповноваженим органом до списку для обміну як військовополоненого[965].

Кримінальне провадження щодо військовополонених має здійснюватися з урахуванням вимог відповідних договірних норм міжнародного гуманітарного права.

[965] Prisoners of war

Можна виділити такі **основні засади**, яких слід дотримуватися під час здійснення кримінального провадження щодо військовополоненого[966]:

1. ***Оперативність кримінального провадження та процедура обміну військовополонених***. Кримінальне провадження щодо військовополоненого повинно здійснюватися в найкоротший строк.

Як зазначає М. Пашковський[967], ця вимога має й більш прозаїчне значення, оскільки російських військовополонених досить часто обмінюють на оборонців України, що потрапили в полон до ворога. Поки здійснюється досудове розслідування або судовий розгляд щодо військовополоненого, його обмін ускладнений.

Окремо варто звернути увагу на порядок обміну військовополоненими, політичний за замовчуванням, адже МГП не регулює це питання. Протягом 2014–2022 рр. обміни відбувалися ad hoc та здійснювалися різними органами влади залежно від контактів з іншою стороною. Наприклад, активну участь у цьому процесі брала Уповноважена ВРУ з прав людини.

Слід зазначити, що особи, які брали участь у подіях на сході України у 2014–2021 рр., попри відсутність належного регулювання та заперечення росією їхньої участі в них, все ж таки були притягнуті до кримінальної відповідальності та обміняні на українських військовослужбовців. Відсутність правового механізму призвела до використання неформальних практик для подолання існуючої прогалини. Зокрема, підозрюваного, який перебував під вартою, і щодо якого було досягнуто угоди про обмін, поміщали до неізольованого ув'язнення, після чого його звільняли з-під варти в залі суду та направляли на обмін. Такі випадки стали звичаєм, неформальною практикою, оскільки їхня кількість була незначною[968].

Аналіз слідчо-судової практики, який наводився Г. Тетерятник у попередніх дослідженнях з цієї проблематики дозволив визначити три основні процедури, які можуть застосовуватися до осіб, що притягуються до кримінальної відповідальності, у зв'язку із вчиненням злочинів на ТОТ, задля здійснення «обміну полоненими»:

966

968

[966] Пашковський М. Кримінальне провадження щодо військовополонених. В чому особливість? URL: https://surl.li/ervkgx

[967] Пашковський М. Кримінальне провадження щодо військовополонених. В чому особливість? Там само.

[968] Kaplina Oksana Prisoners of war: special status in the criminal proceedings of Ukraine and the right to exchange. URL: https://surl.lt/ianujs

1) звільнення з-під варти із заміною запобіжного заходу на неізоляційний і передання особи для подальшого «обміну»;

2) помилування;

3) амністія.

Водночас, як справедливо підкреслювалося авторкою: звільнення особи з-під варти з наступним її «обміном» не вирішувало питання щодо притягнення / звільнення її від кримінальної відповідальності та / або покарання. А відсутність законодавчої регламентації питань кримінального провадження щодо осіб, які підлягали «обміну», обумовлювали вирішення цих питань шляхом прийняття політико-правового рішення[969].

Однак після початку повномасштабної збройної агресії проти України та збільшення кількості військовополонених, виникла потреба у прийнятті нового законодавства, яке б відповідало не лише нормам міжнародного гуманітарного права, а й стало б правовою основою для належного кримінально-процесуального механізму притягнення їх до кримінальної відповідальності та обміну (за умови наявності домовленостей). Бо особливістю кримінального процесуального статусу військовополоненого, яка не є притаманною іншим підозрюваним (обвинуваченим та засудженим) у кримінальному провадженні, є його право на обмін, якщо щодо нього уповноваженим органом прийнято рішення про обмін та якщо він включений до списку на обмін як військовополонений відповідним уповноваженим органом. На це вказує законодавча вимога щодо отримання письмової згоди військовополоненого на обмін[970].

Станом на червень 2022 р. питаннями обміну військовополоненими займалося Головне управління розвідки Міністерства оборони України та СБУ. Сьогодні такими повноваженнями наділений Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими[971]. Варто звернути увагу на те, що обмін військовополоненими відбувається за погодженням з ОГП, якщо розслідується кримінальне провадження, де військовополонений має статус підозрюваної або

970

971

[969] Тетерятник Г. К. До питання про правову площину та практику «обміну полоненими» : процесуальний аспект. *Наше право.* 2022. № 2. С. 97–106. (дата звернення — 30.08.2025 р.)

[970] Kaplina Oksana Prisoners of war: special status in the criminal proceedings of Ukraine and the right to exchange. URL: https://surl.lt/ianujs

[971] Статус «військовополонений» — новий виклик для системи правосуддя. URL: https://surl.li/mhfkgg

обвинуваченої особи, через складність доступу до таких осіб, якщо вони покинуть територію України. Також слід зауважити, що порядок здійснення обміну військовополоненими є інформацією з обмеженим доступом, відтак проаналізувати зазначену процедуру та її співвідношення з положеннями кримінального процесуального закону видається неможливим[972]. Водночас, Україна не видає всіх, розуміючи необхідність дотримання балансу: з одного боку, забрати наших військових, а з іншого боку — притягнути до відповідальності тих військовополонених, які вчиняли воєнні злочини[973].

З проаналізованих судових рішень мною встановлено, що такий обмін здійснюється як на стадії досудового розслідування, так і на стадіях судового розгляду чи виконання судового рішення. Зокрема:

1. ОСОБА 5 є військовослужбовцем ЗС рф, відносно нього здійснювалося спеціальне досудове розслідування, оскільки останній був обміняний під час обміну полонених і на теперішній час перебуває на території РФ та постановою слідчого СВ УСБУ в Чернігівській області від 21.07.2022 обвинувачений був оголошений в розшук. Відповідно до листа командира військової частини військовослужбовець ЗС РФ ОСОБА 5 в ході процедури обміну військовополоненими був переданий РФ (*обмін здійснений на стадії досудового розслідування — прим. О. М. Броневицької*) [974].

2. ОСОБА 3, громадянина російської федерації, командира танкового батальйону окремої гвардійської мотострілецької бригади у складі загальновійськової армії РФ, військове звання майор. Але, зважаючи на те, що обвинувачений ОСОБА 3 відповідно до копії листа командира військової частини від 01.08.2022, в ході процедури обміну військовополоненими був переданий РФ … тому судовий розгляд у даному кримінальному провадженні здійснюється за відсутності обвинуваченого (*in absentia*) (*обмін здійснений на стадії досудового розслідування — прим. О. М. Броневицької*) [975].

---

[972] Главюк І. В., Тетерятник Г. К. Питання унормування належної правової процедури кримінального процесуального забезпечення обміну військовополонених. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2022. № 8. С. 478–483. URL: http://lsej.org.ua/8_2022/109.pdf

[973] Бєлоусов Ю. Військовополонені: хто ці люди і навіщо вони Україні. Там само.

[974] Ухвала Деснянського районного суду м. Чернігова від 29.12.2022 у справі № 750/6470/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/108166875

[975] Вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 11.04.2023 у справі № 750/6470/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/110135338

3. Цікавою є ухвала суду про продовження строку застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою з метою недопущення обміну особи як військовополоненого: «на даний час ОСОБА 7 утримується в умовах ДУ «Київський слідчий ізолятор», в статусі військовополоненого, тому не застосування до нього запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, може призвести до його обміну в якості полоненого, що в свою чергу приведе до переміщення ОСОБА 7 за межі території України, на територію РФ[976].

2. ***Забезпечення участі захисника військовополоненого-підозрюваного, обвинуваченого***.

Участь захисника в кримінальному провадженні щодо військовополоненого обов'язкова. Україна має надати державі–покровителю (*Protecting Power*) або МКЧХ як субституту список адвокатів, які можуть забезпечити кваліфікований захист військовополонених у кримінальному провадженні. В Україні військовополонені громадяни РФ чи громадяни України, що брали участь у збройному конфлікті на стороні РФ, мають право на безоплатну правничу допомогу, яка надається через систему безоплатної правничої допомоги, а також шляхом відшкодування витрат на платні юридичні послуги.

3. ***Особливості порядку притягнення до кримінальної відповідальності, затримання й обрання запобіжного заходу стосовно військовополоненого***.

Після повідомлення про підозру військовополоненому слідчий, прокурор повідомляє державу–покровителя, представника військовополонених про це (ст. 104 (1) Женевської Конвенції III).

У такому повідомленні, окрім відомостей, передбачених ст. 112 КПК, повинно бути зазначено: прізвище та ім'я військовополоненого, його звання, армійський, полковий, особовий чи серійний номер, дату народження, професію, якщо вона є; місце інтернування або ув'язнення; зміст підозри; правову кваліфікацію кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; стислий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, у тому числі зазначення часу, місця його вчинення, а також інших суттєвих обставин, відомих на момент повідомлення про підозру.

976

[976] Ухвала Ірпінського міського суду Київської області від 01.11.2023 у справі № 367/2115/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/114812444

Таке повідомлення має здійснюватися не пізніше як за три тижні до підготовчого судового засідання. Відлік цього тритижневого строку починається з дня одержання державою–покровителем такого повідомлення за повідомленою нею адресою (ст. 104(1) Женевської Конвенції III).

І. Головюк цілком обґрунтовано вказує, що стосується повідомлення про підозру особи, яка була передана для обміну як військовополонений, то з урахуванням положень п. 28 ст. 3 КПК, таке повідомлення має відбуватися до обміну. Водночас закон не містить чіткої вказівки на необхідність роз'яснення такій особі (у тому числі в письмовій формі), що після обміну кримінальне провадження стосовно неї може продовжуватися за її відсутності. Водночас щодо цієї категорії осіб слід рекомендувати перед обміном під письмову розписку роз'яснювати таким особам можливість продовження кримінального провадження щодо них після обміну, особливості процедури спеціального досудового розслідування та спеціального судового провадження, особливості реалізації права на захист, у тому числі шляхом залучення захисника за власним вибором, і особливості повідомлення про подальші процесуальні дії в цьому провадженні через публікацію оголошень у ЗМІ та сайтах ОГП та судів, які розглядатимуть провадження, а за згодою такої особи слід отримувати від них їх контактну інформацію (e-mail тощо) для подальшої комунікації по справі[977].

Застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою допускається у виняткових випадках і не повинно на стадії досудового розслідування перевищувати три місяці (ст. 103(1) Женевської Конвенції III). При цьому слід зазначити, що після аналізу судових рішень, можу зробити висновок, що в переважній більшості випадків запобіжні заходи, тим більше у вигляді тримання під вартою до військовополонених не застосовувалися.

Встановлено випадок застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою вже після постановлення вироку суду і до моменту вступу його в законну силу: «враховуючи, що обвинувачений утримується в умовах ізоляції від суспільства як військовополонений на підставі спільного наказу Міністерства оборони України та Міністерства юстиції України, то з метою забезпечення виконання вироку в частині

977[1]

977[2]

[977] Головюк І. Норми міжнародного гуманітарного права та КПК України стосовно військовополонених та їх обміну. 28.02.2025. URL: https://surl.li/yhclmv

Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини. URL: https://surl.li/qnbrxp

призначеного обвинуваченому судом покарання, **слід застосувати до обвинуваченого запобіжний захід у вигляді тримання під вартою до вступу вироку в законну силу**»[978].

Щодо скасування запобіжного заходу стосовно військовополоненого, то 28.07.2022 було ухвалено Закон України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених». Зміни, внесені цим законом, стосувалися, зокрема, доповнення КПК ст. 201[1] «Скасування запобіжного заходу». На сьогодні порядок скасування запобіжного заходу унормовано у статтях 201[1] та 616 КПК. І в першому, і в другому випадках є фактично виключна (спеціальна) процедура, оскільки запобіжний захід скасовується не в загальному порядку[979]. Правом ініціювати питання про скасування запобіжного заходу наділений прокурор. Підставою для звернення прокурора до слідчого судді, суду із клопотанням про скасування запобіжного заходу є рішення уповноваженого органу про передачу підозрюваного, обвинуваченого для обміну як військовополоненого. У КПК не вказано, який саме орган уповноважений вносити осіб до списку на обмін як військовополонених, а також не визначено, в якій формі приймається відповідне рішення. На цій проблематиці також акцентується увага авторами науково-практичного коментаря новел кримінального законодавства, прийнятих в умовах воєнного стану[980]. Не сперечаючись проти необхідності і своєчасності законодавчих змін, Т. Фоміна вважає, що нормативне врегулювання скасування запобіжного заходу потребує вдосконалення, зокрема щодо: 1) назви ст. 201[1] КПК, яку слід викласти як «Скасування запобіжного заходу у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного, обвинуваченого для обміну як військовополоненого», оскільки чинна її назва є більш широкою, ніж зміст; законодавчого врегулювання наслідків скасування запобіжного заходу у випадку, коли обмін військовополоненого не здійснено. У такому випадку доцільним є

978

[978] Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 03.08.2023 р. у справі № 761/14035/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106643372

[979] Гловюк І. В., Тетерятник Г. К. Питання унормування належної правової процедури кримінального процесуального забезпечення обміну військовополонених. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2022. No 8. С. 481.

[980] Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану : наук.-практ. комент. / А. А. Вознюк, О. О. Дудоров, Р. О. Мовчан та ін. ; за заг. ред. А. А. Вознюка, Р. О. Мовчан, В. В. Чернея. Київ : Норма права, 2022. 278 с.

доповнення ст. 201[1] ч. 6, в якій передбачити, що до підозрюваного, обвинуваченого, обмін якого не відбувся, запобіжний захід застосовується в порядку, передбаченому главою 18 розділу ІІ КПК[981].

Військовополонені тримаються під вартою (у випадку застосування до них цього запобіжного заходу) у спеціально відведених для цього місцях для відбуття дисциплінарних стягнень військовополоненими з дотриманням вимог ст. 78, 97, 98, 126 МГП (ст. 103 Женевської Конвенції ІІІ). Більшість військовополонених, які перебувають у полоні України, тримаються під вартою у спеціально відведених приміщеннях пенітенціарних установ, зокрема, СІЗО і виправних колоній, а також військових гарнізонів і гауптвахт[982].

Прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язані надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, зокрема будь-які докази, військовополоненому мовою, яку він розуміє (ст. 105(5) Женевської Конвенції ІІІ). Копія обвинувального акта, копія реєстру матеріалів досудового розслідування надається військовополоненому мовою, яку він розуміє (ст. 105(5) Женевської Конвенції ІІІ).

Одночасно з наданням військовополоненому в статусі підозрюваної особи копії обвинувального акта, копії реєстру матеріалів досудового розслідування прокурор роз'яснює військовополоненому право користуватися допомогою одного зі своїх товаришів–полонених, а також право користуватися правовою допомогою захисника (ст. 150(1) Женевської Конвенції ІІІ). Якщо військовополонений не залучив захисника, то держава–покровитель залучає йому захисника, маючи для цього у своєму розпорядженні принаймні один тиждень. У випадку, коли ані військовополонений, ані держава–покровитель не запросили захисника, суд залучає захисника для здійснення захисту за призначенням. З проаналізованих судових рішень, в 90 % випадків такий захисник був призначений.

4. *Особливості підготовчого провадження та судового розгляду*.

Підготовче судове засідання призначається не раніше ніж за два тижні з дати залучення захисника військовополоненого (ст. 105(1) Женевської Конвенції ІІІ).

---

[981] Фоміна Т. Г. Скасування запобіжного заходу у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного, обвинуваченого для обміну як військовополоненого: процесуальний порядок і проблемні питання. *Вісник ХНУВС*. 2022. № 3 (98). С. 192–193, 198, 203.

[982] Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні. 1 лютого — 30 липня 2022 р. Звіт Управління Верховного комісара з прав людини при ООН від 27.09.2022. URL: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-09-23/ReportUkraine-1Feb-31Jul2022-ua.pdf

Захисник військовополоненого до закінчення строку касаційного оскарження вироку має право на зустрічі без обмеження в часі та кількості в робочі, вихідні, святкові, неробочі дні зі свідками захисту, зокрема з іншими військовополоненими.

Суд призначає підготовче судове засідання з урахуванням того, щоб прокурор мав можливість повідомити про це державу–покровителя, представника військовополонених не пізніше як за три тижні до підготовчого судового засідання з дня одержання державою–покровителем такого повідомлення, а також представником військовополонених.

У такому повідомленні прокурора, окрім відомостей, передбачених ст. 112 КПК, повинни бути зазначені відомості за аналогією при повідомленні про підозру.

Якщо до початку підготовчого судового засідання не подано доказів, що держава–покровитель, військовополонений і відповідний представник військовополонених одержали зазначене повідомлення принаймні за три тижні до дати підготовчого засідання, то підготовче судове засідання не може бути проведене й повинне бути відкладене. Представник військовополонених — військовополонений, обраний у кожному місці, де перебувають військовополонені, іншими військовополоненими та затверджений на цій посаді уповноваженим органом України, якому доручається представляти військовополонених перед військовою владою, державами–покровителями, МКЧХ і будь-якою іншою організацією, яка може допомагати їм.

Держава–покровитель повідомляється про дату, час та місце проведення кожного судового засідання, за винятком випадків проведення закритих судових засідань. Як вірно зазначають Г. Тетерятник та І. Гловюк, такого порядку у КПК наразі не передбачено і вказана нормативна прогалина повинна бути усунута[983].

Військовополонений має право на справедливий судовий розгляд. У справах «Кая проти Туреччини» та «Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства» ЄСПЛ виробив дуже важливі правові позиції, що всі серйозні порушення прав людини повинні бути предметом швидкого, неупередженого, ретельного та незалежного офіційного розслідування та розгляду навіть у контексті збройного конфлікту, оскільки «ні масштаби насильницьких військових зіткнень, ні їх велика кількість не можуть

[983] Гловюк І. В., Тетерятник Г. К. Питання унормування належної правової процедури кримінального процесуального забезпечення обміну військовополонених. Юридичний науковий електронний журнал. 2022. № 8. С. 481.

скасувати зобов'язання забезпечити ефективне та незалежне розслідування смертей, пов'язаних із зіткненнями, в яких брали участь сили безпеки»[984].

Суд, який постановив вирок, здійснює повідомлення держави–покровителя, відповідного представника військовополонених про цей вирок. У повідомленні, окрім відомостей, передбачених ст. 112 КПК, повинно бути також зазначено, чи має військовополонений право подавати апеляційну або касаційну скаргу на винесений йому вирок.

Суд вручає військовополоненому копію вироку мовою, яку він розуміє.

Особливої актуальності вище викладене набуває в аспекті забезпечення права на перекладача військовополоненим-підозрюваним, обвинуваченим, що належать до збройних формувань, так званих «ЛНР», «ДНР». Фактично такі особи є громадянами України, та отримували середню (або навіть вищу) освіту на території України, водночас враховуючи тривалість збройного конфлікту (з 2014 р.) апріорі констатувати володіння мовою кримінального судочинства такими особами видається не правильним. Особливо якщо такі особи є молодими людьми 19–20 років, яким на момент початку збройного конфлікту було лише 10–11 років. Тому з урахуванням практики ЄСПЛ та з метою оцінки рівня володіння особою мовою кримінального судочинства вбачається, що правоохоронними органами та судом мають враховуватися: 1) постійне місце проживання протягом останніх десяти років; 2) місце та мова, якою особа навчалася; 3) місце роботи; 4) можливість вільно відповідати на поставленні запитання; 5) вік особи; 6) виїзд до не окупованих територій України у період з 2014 по 2022 роки[985].

Після надходження апеляційної скарги або після закінчення строку на апеляційне оскарження суд, який постановив вирок, повідомляє державу–покровителя про рішення військовополоненого скористатися своїм правом на апеляцію чи відмовитися від нього.

Після набрання вироком законної сили прокурор повідомляє про це державі–покровителю. У такому повідомленні прокурора, окрім відомостей, передбачених ст. 112 КПК, повинно бути зазначено:

984

[984] Kaplina Oksana Prisoners of war: special status in the criminal proceedings of Ukraine and the right to exchange. URL: https://surl.lt/ianujs

985

[985] Клепка Д. І., Крицька І. О. Окремі проблемні питання забезпечення права на справедливий суд військовополонених-підозрюваних/обвинувачених. *Проблеми ефективності міжнародно-правового регулювання прав військовополонених* : мат-ли круглого столу (м. Харків, 23 черв. 2023 р.). С. 30–35. URL: https://surl.li/pefkyc

– короткий звіт про досудове розслідування та судовий розгляд кримінального провадження, із зазначенням формулювання обвинувачення та позиції захисту.

– відомості про місце, у якому військовополонений буде відбувати покарання.

До такого повідомлення додається копія вироку[986].

Провадження *in absentia* стосовно військовополонених, щодо яких був здійснений обмін.

Після того, як уповноважений орган прийняв рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та підозрюваний надав письмову згоду на такий обмін, досудове розслідування щодо нього зупиняється вмотивованою постановою прокурора або слідчого за погодженням з прокурором. Копія постанови надсилається захисту та потерпілому. Більше того, на відміну від недиференційованої процедури, коли досудове розслідування щодо військовополоненого, який підлягає обміну, зупиняється, рішення про його зупинення на цій підставі оскарженню не підлягає (п. 5 ч. 1, ч. 4 ст. 280 КПК). Аналогічно, якщо справа військовополоненого перебуває на стадії судового розгляду, і на цей час уповноважений орган прийняв рішення про передачу обвинуваченого для обміну як військовополоненого та обвинувачений надав письмову згоду на такий обмін, суд зупиняє судове провадження до проведення обміну або до отримання від уповноваженого органу інформації про те, що такий обмін не відбувся. Рішення про зупинення судового провадження з зазначених підстав оскарженню не підлягає.

Запроваджена до кримінального процесуального законодавства така процедура не означає повної відмови держави від переслідування осіб, які вчинили воєнні злочини на території України. Держава робить крок назустріч щодо обміну не через небажання проводити досудове розслідування, економію кримінального переслідування чи через прощення. Це було б неправильно з моральної точки зору, особливо щодо пам'яті загиблих цивільних осіб, а також військовослужбовців ЗСУ. Швидше, такі дії здійснюються через те, що обмін — це не стільки передача військовополоненого країні–агресору, скільки можливість повернути громадян України до своїх домівок, що в ієрархії цінностей для держави є значно важливішим, ніж притягнення до кримінальної відповідальності військовополоненого, підозрюваного у вчиненні воєнних злочинів на території України. Тому, оскільки Україна не відмовляється від

[986] Пашковський М. Кримінальне провадження щодо військовополонених. В чому особливість? Там само.

переслідування військовополонених, які вчинили воєнні злочини, у державі запроваджено наступний механізм. Після проведення обміну підозрюваного як військовополоненого зупинене досудове розслідування поновлюється постановою слідчого або прокурора (ч. 1 ст. 282 КПК). Щодо особи, щодо якої уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополоненого і такий обмін відбувся, може бути розпочато спеціальне досудове розслідування (*in absentia*), тобто за відсутності підозрюваного, яке проводиться на підставі ухвали слідчого судді у кримінальному провадженні щодо вчиненого злочину.

Що стосується судового провадження, то у ньому також передбачено можливість зупинення провадження та здайснення його *in absentia*. Відповідно, судове провадження зупиняється, якщо уповноваженим органом прийнято рішення про передачу обвинуваченого для обміну як військовополоненого та обвинуваченим надано письмову згоду на такий обмін — до моменту проведення такого обміну або до отримання від уповноваженого органу інформації про те, що такий обмін не відбувся. У такому разі суд продовжує судове провадження стосовно інших обвинувачених, якщо воно здійснюється стосовно декількох осіб (ст. 335 КПК). Разом з тим, потребу такого зупинення зрозуміти складно. Якщо для зупинення досудового розслідування аргументом є строки досудового розслідування, то для судового провадження таких обмежень немає[987].

Якщо ж вирок щодо такого військовополоненого вже набрав законної сили, а особа має статус засудженої особи, ця особа може бути звільнена лише від відбування покарання. Тому, у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу військовополоненого, який вже був засуджений, законодавець передбачив самостійну процедуру його звільнення від відбування покарання (84[1] КК, п. 13[4], ч. 1 ст. 237, ст. 537 КПК).

Зокрема, питання про звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу особи для обміну як військовополоненого вирішується судом за клопотанням прокурора. Законом встановлено досить короткий термін для розгляду такого клопотання. Воно розглядається судом за участю прокурора в день їх прибуття до суду суддею одноособово відповідно до правил судочинства, передбачених ст. 318–380 КПК. Для звільнення від

[987] Главюк І. В., Тетерятник Г. К. Питання унормування належної правової процедури кримінального процесуального забезпечення обміну військовополонених. Юридичний науковий електронний журнал. 2022. № 8. С. 482.

відбування покарання та обміну також необхідно отримати згоду засудженого (ст. 539 КПК).

Наприклад, клопотання старшого групи прокурорів у кримінальному провадженні №22023000000000059 — прокурора ОГП про звільнення від відбуття покарання стосовно засудженого ОСОБА 4, задовольнити. Звільнити від відбуття покарання засудженого вироком Дзержинського районного суду м. Харкова від 02.03.2023 ОСОБА 4, у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу його для обміну як військовополоненого. Звільнити ОСОБА 4 з-під варти та передати його під нагляд представникам уповноваженого органу, що відповідає за поводження з військовополоненими — Головного управління розвідки Міністерства оборони України, для організації та проведення його обміну як військовополоненого[988].

Передумова звільнення від покарання не залежить ні від строку, на який особі призначене покарання, ні від виду кримінального правопорушення, за яке вона засуджена. Не впливає на наявність передумови і факт призначення засудженому додаткового покарання, а відтак — і його виконання чи невиконання[989].

Якщо обмін такого засудженого не відбувся, суд за клопотанням прокурора приймає рішення про їх направлення для подальшого відбування раніше призначеного покарання (ч. 2 ст. 84^1 КК).

Щодо такого різного становища військовополонених, яких обміняли, залежно від стадії, коли настала така подія, то бачимо несправедливо краще становище тих військовополонених, яких обміняли вже на стадії виконання судового рішення, адже настання для засудженого військовополоненого сприятливих кримінально-правових наслідків, які полягають, зокрема, у тому, що:

1) особа не відбуватиме ту частину основного покарання, від якої вона була звільнена;

2) строк погашення її судимості почне спливати з дня звільнення її від відбування покарання.

Тобто особа, яка була звільнена від відбування покарання, фактично є вільною і може вільно пересуватись і подорожувати і Україна вже не зможе їх переслідувати в кримінально-процесуальному порядку.

988

[988] Ухвала Дзержинського районного суду м. Харкова від 06.03.2023 р. у справі № 638/1343/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/109414754

989

[989] Пономаренко Ю. Звільнення від відбування покарання особи для обміну її як військовополоненого: алгоритм кримінально-правової характеристики. *Проблеми ефективності міжнародно-правового регулювання прав військовополонених* : мат-ли кругл. столу (м. Харків, 23 черв. 2023 р.). С. 82–90. URL: https://surl.li/ezggdl

Щодо тих осіб, які були засуджені *in absentia*, тобто їх обмін відбувся або на стадії досудового розслідування, або на стадії судового розгляду, то вирок щодо них починає виконуватись з моменту їх затримання. Наприклад, «строк відбування покарання засудженому рахувати з моменту його фактичного затримання для виконання вироку»[990]. Тобто такі військовополонені, які були обміняні, а потім засуджені in absentia, не зможуть нікуди виїхати за межі росії під загрозою затримання для виконання вироку, винесеного в Україні. І я вважаю це цілком вірним. Адже, відповідно до Європейської конвенції про незастосування строків давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів від 25.01.1974[991] (учасником якої є також Україна) строки давності притягнення до кримінальної відповідальності чи виконання вироку за вчинення воєнних злочинів не застосовується.

Звільняючи полонених від покарання, Україна може втратити світову підтримку в розслідуванні злодіянь російської армії, адже ОГП кваліфікує її дії як «порушення законів та звичаїв війни» — міжнародний злочин, переслідувати винуватців у якому Україна зобов'язувалась, підписуючи відповідні конвенції»[992]. Тому тут слід подумати над можливими змінами до кримінального та кримінального процесуального законодавства.

---

[990] Вирок Херсонського міського суду Херсонської області від 13.06.2025 у справі №766/10206/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/128231447

Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 26.09.2022 у справі № 760/4174/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106538221

Вирок Броварський міськрайонний суд Київської області від 08.04.2025 у справі № 361/1117/24. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/126572781

Вирок Іванківського районного суду Київської області від 28.06.2023 у справі № 366/2363/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/112015673

Вирок Дзержинського районного суду м. Харкова від 13.08.2024 у справі № 638/11302/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/120964850

[991] Європейська конвенція про незастосування строків давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів від 25.01.1974. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_125#Text

[992] Кузнецов В. В., Сийплокі М. В. Перспективи кримінально-правового забезпечення обміну військовополонених. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2022. № 6. С. 188 ; Пашковський М. І. Про колізію інституту обміну військовополонених та інших осіб під час збройного конфлікту з зобов'язаннями кримінального переслідування і покарання осіб, винних у вчиненні міжнародних злочинів. *Актуальні проблеми приватного та публічного права* : мат-ли IV Міжнар. наук.-практ. конф. присвяч. 93-річчю з дня народж. члена-кор. НАПрН України, академ. Міжнар. кадр. Академ., Засл. діяча науки України, д-ра юрид. наук, проф. Процевського О. І. (м. Харків, 21 трав. 2022 року). Харків, 2022. С. 443–447.

Момент початку відбування покарання та зарахування перебування військовополоненого в умовах ізоляції до строку відбування покарання.

Відповідно до ч. 5 ст. 72 КК попереднє ув'язнення зараховується судом у строк покарання у разі засудження до позбавлення волі день за день або за правилами, передбаченими у частині першій цієї статті. Згідно із ст. 1 Закону «Про попереднє ув'язнення»[993] попереднє ув'язнення є запобіжним заходом, який у випадках, передбачених КПК, застосовується щодо підозрюваного, обвинуваченого (підсудного) та засудженого, вирок щодо якого не набрав законної сили.

Під час дії воєнного стану в Україні у зв'язку з неможливістю доставлення військовополонених безпосередньо до табору для тримання військовополонених, з метою забезпечення безпеки їх життя та здоров'я такі особи можуть тимчасово перебувати у дільницях для тримання військовополонених, утворених у слідчих ізоляторах Державної кримінально-виконавчої служби України.

Оскільки підставою для попереднього ув'язнення є вмотивоване рішення суду про обрання як запобіжного заходу тримання під вартою або про застосування тимчасового чи екстрадиційного арешту, винесене відповідно до КК та КПК та/або рішення компетентного органу іноземної держави у випадках, передбачених законом, рішення суду про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на прохання МКС про тимчасовий арешт або про арешт і передачу (ст. 3 Закону «Про попереднє увязнення»), то відповідно перебування військовополоненого у таборі для військовополонених чи у дільницях для тримання військовополонених не вважається попереднім ув'язненням з точки зору національного законодавства, а тому не може враховуватись в строк покарання.

В той же час в рішеннях національних судів бачимо наступні висновки:

1. ОСОБА 6 визнати винуватим у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 28, ч. 1 ст. 438 і ч. 2 ст. 28, ч. 2 ст. 438 КК, та призначити йому покарання: за ч. 2 ст. 28, ч. 1 ст. 438 КК у виді позбавлення волі на строк 8 років і за ч. 2 ст. 28, ч. 2 ст. 438 КК у виді позбавлення волі на строк 11 років. Відповідно до ч. 1 і 2 ст. 70 КК шляхом часткового складання покарань визначити ОСОБА 6 за сукупністю

993

[993] Про попереднє ув'язнення : Закон України від 30.06.1993. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3352-12#Text

кримінальних правопорушень покарання у виді позбавлення волі на строк 12 років.

До набрання вироком законної сили обрати ОСОБА 6 запобіжний захід у вигляді тримання під вартою в ДУ «Київський слідчий ізолятор».

Строк покарання ОСОБА 6 обчислювати з 09.04.2024[994], *тобто з моменту винесення судового рішення та обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (виділено автором — Броневицькою О. М.)*

2. ОСОБА 11 визнати винуватим за ч. 1 ст. 438 КК та призначити йому покарання у виді 10 років позбавлення волі.

Початок строку відбування покарання ОСОБА 11 рахувати з моменту його фактичного затримання у ході виконання вироку.

Хоча фактичне затримання відбулося 26.02.2022, коли підозрюваного затримали, обшукали, після чого повели до підбитого танка, який був понівечений, та посадили на бордюрі. Потім знову обшукали, зняли військову форму та повезли до госпіталю, де надали необхідну допомогу, після чого помістили у приміщення на зразок слідчого ізолятора. Фізичну силу до них не застосовували, поводились належно, як з військовополоненими[995].

3. ОСОБА 4 визнати винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК, та призначити йому покарання у виді 8 років 6 місяців позбавлення волі.

Строк відбування покарання обвинуваченому ОСОБА 4 рахувати з моменту затримання[996]. При цьому аналіз інших судових рішень по цій справі, які опубліковані в ЄДРСР не дає змоги зрозуміти, чи був застосований до військовополоненого підозрюваного/обвинуваченого у цій справі запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. І чому в остаточному рішенні суду вказано, що строк відбування покарання слід рахувати саме із моменту затримання.

4. ОСОБА_11 визнати винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 28, ч. 2 ст. 438 КК та призначити йому покарання у виді довічного позбавлення волі.

994

995

996

[994] Вирок Бородянського районного суду Київської області від 09.04.2024. у справі № 939/2083/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/118220618

[995] Вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 08.08.2022 у справі № 750/2891/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/105614689

[996] Вирок Новозаводського районного суду м. Чернігова від 31.08.2022 у справі № 751/2961/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/105986768

Обрати ОСОБА_11 до набрання вироком законної сили запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, в умовах ДУ «Харківський слідчий ізолятор», взявши його під варту в залі суду.

Строк відбування покарання ОСОБА_11 відраховувати з часу взяття ОСОБА_11 під варту — з 12.08.2025[997].

5. ОСОБА_9 визнати винному вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 28, ч. 1ст. 438 ККта призначити йому покарання у виді позбавлення волі на 12 років.

Початок строку відбування покарання ОСОБА 9 рахувати з 07.03.2022. ОСОБА 9 катапультувався та після приземлення, близько 02 год. за Київським часом 07.03.2022 затриманий військовослужбовцями Національної гвардії України.

До набрання вироком законної сили ОСОБА 9, залишити під вартою в Державній установі «Київський слідчий ізолятор» як військовополоненого[998].

6. ОСОБА 1 визнати винуватим у пред'явленому обвинуваченні за ч. 2 ст. 28, ч. 1 ст. 438 КК, та призначити йому покарання у виді позбавленні волі на строк 12 років.

Строк відбування покарання ОСОБА_1 рахувати з моменту проголошення вироку, тобто з 03.08.2022.

Застосувати до ОСОБА_1 запобіжний захід у вигляді тримання під вартою до набрання вироком законної сили[999].

З цього приводу слід зазначити наступне.

Відповідно до ст. 21(1) Женевської Конвенції III, держава, що тримає у полоні, може інтернувати (*англ. the authority to intern — прим. Броневицької О. М.*) військовополонених. Це формулювання вказує на те, що держава, що тримає у полоні, не зобов'язана інтернувати військовополонених, однак, як правило, держава, що тримає у полоні, інтернує військовополонених, щоб запобігти їх повторній участі у бойових діях.

Інтернування є превентивним заходом, тобто інтернування військовополонених на час активних бойових дій має на меті забезпечити, щоб захоплений ворожий персонал не зміг знову брати участь у бойових діях, що становило б воєнну загрозу для держави, що тримає у

997

998

999

[997] Вирок Основ'янського районного суду м. Харкова від 12.08.2025 у справі № 646/5284/25. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/129489893

[998] Вирок Дзержинського районного суду м. Харкова від 02.03.2023 у справі № 638/1343/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/109334224

[999] Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 03.08.202 у справі № 761/14035/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106643372

полоні. Зі зменшенням кількості активних комбатантів військові сили протилежної сторони фактично послаблюються.

Інтернування слід відрізняти від «ув'язнення» *(англ. confinement — прим. Броневицької О. М.)*, як це використовується в Женевській Конвенції III, що означає утримання під вартою для виконання дисциплінарного або кримінального покарання. Обмеження свободи військовополонених відповідно до інтернування не має карального характеру. Той факт, що інтернування не має карального характеру, визначає режим інтернування, викладений у наступних розділах Женевської Конвенції III: умови життя в таборах для військовополонених не схожі на тюремні, але пропонують доступ, наприклад, до їдалень, санітарних приміщень, місць загального користування або відпочинку, а також до відкритого повітря, як того вимагає Конвенція.

Додаткові обмеження щодо інтернування, встановлені Конвенцією, полягають у тому, що військовополонених можна інтернувати лише в приміщеннях, розташованих на суші (ст. 22), у безпечних зонах (статті 19(1) та 23(1)), і лише у виняткових випадках у пенітенціарних установах (ст. 22).

Закрите утримання (ув'язнення) визначається як безперервне утримання в кімнаті, бараці або камері. Закрите утримання може бути призначене лише тоді, коли військовополонені відбувають дисциплінарне або кримінальне стягнення або очікують дисциплінарного слухання чи суду[1000].

Тобто згідно з Женевською Конвенцією III, військовополонені можуть бути інтерновані, а їхня свобода пересування таким чином обмежена. Однак державі, що тримає в полоні, заборонено тримати військовополонених у суворому ув'язненні. Ця загальна заборона має два винятки: по-перше, якщо стан здоров'я військовополоненого вимагає його утримання в умовах суворого ув'язнення; і по-друге, з причин, пов'язаних з дисциплінарними або судовими провадженнями.

Стаття 103 Женевської Конвенції III передбачає лише ув'язнення в очікуванні суду і не може бути використана для обмеження свободи військовополоненого на тій підставі, що він становить загрозу безпеці без пов'язаного з цим кримінального провадження[1001].

1000

1001

[1000] Article 21 of the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. ICRC Commentary. 2020. URL: https://surl.lt/xnbxgx

[1001] Article 130 of the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. ICRC Commentary. 2020. URL: https://surl.li/snlaip

Формулювання третього речення ст. 130 вказує на те, що три місяці є максимальним терміном, і досудове ув'язнення, в принципі, має бути коротшим. Ув'язнення має припинитися, як тільки звинувачення знято або причини для застосування до особи цього заходу зникнуть (наприклад, більше немає ризику того, що військовополонений буде продовжувати вчиняти правопорушення або перешкоджатиме розслідування, або інтереси національної безпеки, які були підставою для рішення про поміщення військовополоненого під варту, більше не застосовуються). Той факт, що військовополонений не може утримуватися в досудовому ув'язненні довше трьох місяців, не означає, що його слід звільнити після закінчення цього періоду. Він просто продовжуватиме перебувати в інтернованому стані як військовополонений без ув'язнення.

Лише час, проведений в ув'язненні в очікуванні суду, має бути повністю зарахований до терміну позбавлення волі, до якого засуджено військовополоненого за вчинення злочину.

Оскільки в більшості випадків до військовополонених рф, які підозрюються/обвинувачуються/засуджені за вчинення злочинів на території України, запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, не застосовувався, то національні суди вірно вказують на початок строку відбування покарання з моменту проголошення вироку, якщо у вироку вказано про одночасне застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Висновки та пропозиції.

Беручи до уваги, що здійснення ефективного розслідування воєнних злочинів відповідно до норм міжнародного гуманітарного права та права людини належить до норм *jus cogens*, а також враховуючи позитивні зобов'язання України та прогалини в нормативному регулюванні окремих сегментів діяльності, ВРУ спрямувала курс правової політики на активну нормотворчість та прийняла кілька пакетів змін і доповнень до чинного законодавства, спрямованих на гармонізацію його норм з МГП та створення належної процедури здійснення кримінального провадження в умовах війни.

Фактори, що зумовили необхідність створення спеціального режиму досудового розслідування та судового провадження в умовах воєнного стану, включаючи норми щодо обміну військовополоненими, включають сукупність обставин правоохоронного, організаційного, охоронного та суб'єктивного характеру. Процесуальний порядок, створений в Україні, спрямований на проведення обміну військовополоненими, може бути прикладом правової процедури, який може бути запозичений у порівняльно-правовому аспекті іншими державами, оскільки він

базується на нормах міжнародного гуманітарного та права прав людини та містить систему гарантій, дотримання прав комбатантів, ефективне досудове розслідування та можливість проведення кримінального провадження заочно, що, у свою чергу, забезпечить як приватні інтереси особи, яка вчинила воєнний злочин, так і інтереси правосуддя.

Можливість обміну військовополоненими не означає повну відмову України від переслідування осіб, які вчинили воєнні злочини на території України. Обмін — це не стільки передача військовополоненого країні–агресору, скільки можливість повернення громадян України додому, що в ієрархії цінностей для держави є важливішим, ніж притягнення військовополоненого до кримінальної відповідальності, навіть якщо він вчинив воєнні злочини на території України. Важливим є також репутаційний та моральний фактор. Таким чином, Україна демонструє, що попри збройну агресію та необхідність її відбиття, вирішення надзвичайно складних соціальних проблем, що межують з виживанням у воєнних умовах, держава знаходить сили та засоби для функціонування правової системи, галузей права, у правовій сфері, як європейська країна, де панує верховенство права та законність.

Пропозиції.

1. Національним правозастосовникам враховувати вимоги норм МГП при провадженнях у справах, де підозрюваним, обвинуваченим є військовополонений, адже норми міжнародних договорів, обов'язковість яких визнана Україною на рівні держави, є частиною національного законодавства, а тому повинні враховуватись у цій категорії проваджень. Зокрема:

– строк запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на стадії досудового розслідування не може перевищувати 3 місяці;

– обов'язок повідомляти державу–покровительку військовополоненого про винесену підозру, про дату, час та місце судового засідання;

– підготовче судове засідання може бути призначене не раніше ніж за два тижні з дати залучення захисника військовополоненого;

– підготовче судове засідання призначається з урахуванням того, щоб прокурор мав можливість повідомити про це державу–покровителя, представника військовополонених не пізніше як за три тижні до підготовчого судового засідання з дня одержання державою–покровителем такого повідомлення, а також представником військовополонених;

– повідомити державу–покровительку про набрання вироком законної сили щодо засудженого військовополоненого.

2. Звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як

військовополоненого ставить у значно краще становище тих суб'єктів, які вчинили воєнні злочини проти України порівняно із тими суб'єктами, щодо яких провадження здійснюється *in absentia*. Особу, яка була звільнена від відбування покарання, Україна вже не зможе притягнути до відповідальності, бо це буде порушення принципу *non bis in idem*, на відміну від осіб, засуджених *in absentia*, які вже не зможуть вільно почуватись ніде і ніколи (за винятком території рф). Тому вважаю, що таке звільнення суперечить інтересам України.

3. Внести зміни до ст. назви ст. 201^1 КПК, яку слід викласти як «Скасування запобіжного заходу у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного, обвинуваченого для обміну як військовополоненого», оскільки чинна її назва є більш широкою, ніж зміст та доповнення цієї статті частиною 6, в якій передбачити, що до підозрюваного, обвинуваченого, обмін якого не відбувся, запобіжний захід застосовується в порядку, передбаченому главою 18 розділу II КПК (*пропозиція проф. Т. Фоміної*).

4. Внести зміни до ч. 1 ст. 297^4 КПК: «Слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, якщо прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду на ТОТ України, на території держави, визнаної ВРУ державою–агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук, або уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся» (*пропозиція професорок І. Гловюк та Г. Тетерятник*).

Розділ 4. ВИЯВЛЕННЯ ТА РЕАКЦІЯ НА ЗЛОВЖИВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА

Олександр ТОРБАС,
доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

OIRCID: https://orcid.org/0000-0002-1465-4238

Анотація. Наукова робота присвячена виявленню та реакції на зловживання в кримінальному процесі, особливо через призму судової практики. В науковій роботі автор робить висновок, що боротьба зі зловживаннями в кримінальному процесі має відбуватися на рівні окремих процедур та інститутів, в межах яких відповідні зловживання відбуваються. У зв'язку з цим було виділено наступний алгоритм дії законодавця: 1) виявлення процедури, за якої відбуваються найбільш шкідливі зловживання; 2) розробка окремої процедури, яка унеможливить такі зловживання включно із виділення конкретного суб'єкта кримінального процесу, який буде відповідати за недопущення зловживань; 3) оцінка пропорційності потенційного обмеження прав людини та користі для всього кримінального процесу; 4) внесення змін до кримінального процесуального законодавства та запровадження такої процедури.

В якості прикладу застосування даного алгоритму автор вказує на доцільність внесення змін до КПК та доповнення тексту Кодексу статтею під назвою «Оцінка розумності строку судового розгляду». В цій статті автор пропонує зобов'язати суд оцінювати розумність строку судового розгляду у випадку, якщо з моменту надсилання обвинувального акту, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру судовий розгляд триває 18 місяців щодо кримінальних проступків або нетяжких злочинів та 30 місяців щодо тяжких та особливо тяжких злочинів, а прокурор зобов'язаний довести відсутність зловживань з боку сторони обвинувачення в даному кримінальному провадженні. Якщо буде встановлено, що затягування судового розгляду відбулося з вини представників сторони обвинувачення, суд зможе прийняти рішення про повідомлення уповноважених осіб щодо

вирішення питання про притягнення відповідальних осіб до дисциплінарної відповідальності; відшкодування шкоди стороні захисту за затягування судового розгляду за рахунок Державного бюджету України; закриття кримінального провадження через фактичну відмову або неможливість підтримання прокурором обвинувачення. Якщо ж буде встановлено, що затягування судового розгляду відбулося з вини представників сторони захисту або інших учасників судового розгляду, суд зможе прийняти рішення про повідомлення уповноважених осіб щодо вирішення питання про притягнення відповідальних осіб до дисциплінарної відповідальності; накладення грошового стягнення на осіб, які відповідальні за затягування судового розгляду; заміну захисника у випадку, якщо він здійснює захист за дорученням.

Ключові слова: кримінальний процес, кримінальне провадження, кримінально-процесуальне законодавство, Кримінальний процесуальний кодекс України, зловживання, зловживання правами, зловживання владою, суд, обвинувачення, прокурор, сторона захисту.

Oleksandr TORBAS,

DETECTING AND RESPONDING TO ABUSE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: ANALYSIS OF COURT PRACTICE AND IMPROVEMENT OF LEGISLATION

Summary. The scientific work is devoted to the identification and response to abuse in the criminal process, especially through the prism of judicial practice. In the scientific work, the author concludes that the fight against abuse in the criminal process should take place at the level of individual procedures and institutions within which the relevant abuses occur. In this regard, the following algorithm of action of the legislator was highlighted: 1) identification of the procedure under which the most harmful abuses occur; 2) development of a separate procedure that will make such abuses impossible, including the allocation of a specific subject of the criminal process, which will be responsible for preventing abuses; 3) assessment of the proportionality of the potential restriction of human rights and the benefit for the entire criminal process; 4) amendments to the criminal procedural legislation and the introduction of such a procedure.

As an example of the application of this algorithm, the author points to the expediency of amending the Code of Criminal Procedure of Ukraine and supplementing the text of the Code with an article entitled

"Assessment of the reasonableness of the term of trial". In this article, the author proposes to oblige the court to assess the reasonableness of the term of trial if, from the moment of sending the indictment, the motion for the application of compulsory medical or educational measures, the trial lasts 18 months for criminal misdemeanors or non-serious crimes and 30 months for serious and especially serious crimes, and the prosecutor is obliged to prove the absence of abuses by the prosecution in this criminal proceeding. If it is established that the delay in the trial occurred due to the fault of the representatives of the prosecution, the court will be able to make a decision to notify authorized persons regarding the resolution of the issue of bringing responsible persons to disciplinary liability; compensation for damage to the defense for the delay in the trial at the expense of the State Budget of Ukraine; closing of criminal proceedings due to the actual refusal or inability of the prosecutor to maintain the prosecution. If it is established that the delay in the trial occurred due to the fault of the representatives of the defense or other participants in the trial, the court will be able to make a decision to notify authorized persons regarding the issue of bringing responsible persons to disciplinary liability; imposing a monetary penalty on persons responsible for the delay in the trial; replacing the defense attorney if he is acting on behalf of the defense attorney.

Key words: criminal process, criminal proceedings, criminal procedural legislation, Criminal Procedure Code of Ukraine, abuse, abuse of rights, abuse of authority, court, prosecution, prosecutor, defense party

Проблема зловживання в праві є однією з найбільш досліджуваних проблем в правовій доктрині і це має своє логічне пояснення. З моменту, коли учаснику правовідносин надається право вільно обирати власну поведінку відповідно до ситуації, яка склалася та з метою найкращого захисту власних прав, свобод та законних інтересів, такий учасник може задля досягнення бажаного для нього результату спотворити юридичну процедуру, використавши недоліки нормативного регулювання на свою користь. При цьому таке поведінка прямо не буде суперечити вимогам правової норми, а тому встановити факт порушення в даному випадку буде неможливо. В цьому і проявляється найбільша шкода зловживання — формальна відповідність поведінки правовим приписам, під якою маскується ігнорування завдання правової норми задля забезпечення своїх інтересів всупереч правам інших учасників правовідносин.

Зловживання можливі там, де учасники правовідносин мають певний рівень дискреції для обрання власної поведінки. Як правило, така поведінка більш притаманна учасникам цивільних правовідносин, адже вони мають значно ширші можливості в частині обрання способів захисту власних прав, свобод та законних інтересів. Однак дане явище притаманне і іншим галузям права, навіть якщо рішень їх врегульованості вищий. Більше того, наслідки зловживання правами та повноваженням в кримінальному праві чи процесі можуть бути більш шкідливими, адже таку поведінку учасників складно виявити та ще складніше припинити. Одночасно з цим вплив на таких учасників кримінального провадження може розцінюватися (а подекуди навіть і маскуватися) як тиск чи як незаконне обмеження прав, що саме по собі також може створювати негативні наслідки. У зв'язку з цим проблема зловживання в кримінальному процесі хоча і активно досліджується вченими, проте далека від вирішення, що вказує на доцільність продовження наукового пошуку в цьому напрямку.

В першу чергу необхідно зазначити, що в правовій доктрині вже напрацьовані позиції щодо визначення зловживання в кримінальному процесі зокрема та в праві взагалі. Так, О. Капліна, розглядаючи буквальне тлумачення терміну «зловживання правом», зазначає, що воно означає «використання права «на зло» в тих випадках, коли уповноважений суб'єкт володіє суб'єктивним правом, діє в його межах, але завдає шкоди правам інших осіб або суспільству в цілому»[1002].

Інші вчені під зловживанням правом (злостивим правокористуванням) розуміють діяння правомочного суб'єкта, спрямоване на задоволення ним інтересу в межах свого суб'єктивного права (тобто в рамках юридично забезпеченої можливості), але в суперечності з призначенням суб'єктивного права та з використанням таких способів його реалізації, які виходять за законні межі здійснення і завдають шкоди іншим особам, порушуючи їх суб'єктивні права[1003]. Я. О. Берназюк вказує, що зловживанням процесуальними правами можуть бути визнані дії або бездіяльність учасника справи, які характеризуються ознакою видимої юридичної правомірності, однак використовуються з метою, що є протилежною або не відповідає тій, яку має переслідувати реалізація відповідного процесуального права або виконання обов'язку, визначеного

[1002] Капліна О. Проблеми зловживання правом у кримінальному процесі. *Вісник Академії правових наук України*. 2010. № 3. С. 288.

[1003] Загальна теорія права : підручник / О. В. Петришин, Д. В. Лук'янов, С. І. Максимов, В. С. Смородинський та ін. ; за ред. О. В. Петришина. Харків : Право, 2021. С. 340.

законом або судом; сутність зловживання правом полягає у вчиненні уповноваженою особою дій (бездіяльності), які складають зміст наданого процесуальним законодавством права (покладеного обов'язку), недобросовісно, в тому числі всупереч меті такого права або умисне використання процесуального права у спосіб, який суперечить завданню адміністративного судочинства, з метою обмеження можливості реалізації прав інших учасників провадження, перешкоджання діяльності суду з правильного та своєчасного розгляду і вирішення справи, необґрунтованого перевантаження роботи суду або підриву довіри до судової гілки влади[1004].

В. Рєзнікова, намагаючи сформулювати систему доктринальних підходів до розуміння сутності поняття «зловживання правами», виділила наступні основні концепції: 1) концепція, прибічники якої «зловживання правом» визначають через реалізацію суб'єктивних прав та/або наданих повноважень із порушенням та/або без порушення встановлених законом меж; 2) концепція, за якою «зловживання правом» визначають як форму здійснення права всупереч його призначенню, цілям, соціальній функції чи інтересам інших суб'єктів, за допомогою якого спричиняється шкода іншим учасникам суспільних відносин; 3) концепція, в рамках якої зловживання правом ототожнюється з перевищенням права, його меж, — порушення закону проявляється у: а) намірі заподіяти шкоду діянням, що, зі свого боку, вважається порушенням закону; б) зневажанні суспільних інтересів; 4) трактуванні зловживання правом як особливого типу правопорушення, що вчиняється уповноваженою особою при здійсненні нею належного їй права, пов'язане з використанням недозволених конкретних форм у рамках дозволеного їй загального типу поведінки; 5) концепція, за якою зловживання правом трактується як різновид правової поведінки[1005].

В цілому, незважаючи на наявність великої кількості підходів до визначення терміну «зловживання правом», можна помітити, що всі науковці розділяють спільну позицію щодо того, що зловживання — це законна поведінка, яка суперечить основному призначенню норми, проте її не порушує. Відповідно, аналогічний підхід використовують і в доктрині кримінального процесу. Так, С. В. Прилуцький та С. В. Сав-

[1004] Берназюк Я. О. Поняття та особливості принципу неприпустимості зловживання процесуальними правами в адміністративному судочинстві. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія : Право.* 2021. Вип. 66. С. 139.

[1005] Рєзнікова В. Сучасна доктрина зловживання процесуальними правами. *Ratio Decidendi* : юридичний портал. URL: https://rd.ua/storage/lessons/617/681Сучасна%20доктрина%20зловживання%20процесуальними%20правами

чук вважають, що зловживання правом у кримінальному процесі — це «умисні дії учасників кримінального процесу, що виявляються у порушенні наданих їм процесуальних прав, обов'язків та повноважень, вчиняються всупереч їх призначенню та спрямовані на обмеження можливості реалізації чи порушення прав інших учасників кримінального процесу»[1006]. Інші вчені пропонують зловживання правом у кримінальному провадженні розглядати як «шкідливу поведінку, такий спосіб реалізації права, який формально відповідає вимогам КПК), але суперечить його нормативно встановленій меті та завданням кримінального провадження в цілому або окремих його інститутів, наслідком чого можуть бути прямо передбачені у КПК обмеження реалізації прав, а також ініціація застосування заходів дисциплінарної відповідальності»[1007]. Г. Д. Борейко стверджує, що зловживання правом у кримінальному провадженні є «особливим видом правової поведінки, яка проявляється шляхом дії чи бездіяльності, в ході якої особа реалізує надане їй право всупереч його змісту та призначенню та яка у підсумку спрямована на перешкоджання виконанню завдань кримінального провадження»[1008].

Н. В. Добрянська та С. В. Пєтков вважають, що «зловживання процесуальними правами в кримінальному провадженні має певні особливості у порівнянні з іншими видами процесу, такими як адміністративний, цивільний або господарський, а саме: 1) відсутність формально-юридичного закріплення принципу неприпустимості зловживання процесуальними правами в КПК... 2) серйозність впливу на права і свободи учасників; 3) особлива роль держави та сторін процесу; 4) складність процедур»[1009].

В цілому можна помітити, що розуміння зловживання правами в кримінальному процесі відрізняється від «загальнонаукового» лише тим, що вчені уточнюють, в межах яких саме правовідносин відбуваються такі зловживання. Такий підхід є цілком виправданий та

[1006] Прилуцький С. В., Савчук І. І. Проблема зловживання правом прокурором у кримінальному процесі. *Вісник кримінального судочинства.* 2019. № 1. С. 56.

[1007] Головюк І., Дроздов О., Завтур В., Дроздова О. Зловживання процесуальними правами у кримінальному провадженні: питання релевантності концепції. *Право України*. 2022. № 6. С. 101.

[1008] Борейко Г. Д. Щодо розуміння зловживання правом у кримінальному провадженні. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2024. № 7. С. 383.

[1009] Добрянська Н. В., Пєтков С. В. Інститут зловживання процесуальними правами в кримінальному провадженні: теоретичні підходи. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2024. № 7. С. 579.

слушний, адже зловживання в кримінальному процесі будуть мати ті самі дві основні характеристики: 1) це законна поведінка; 2) така поведінка суперечить меті (завданню, духу, призначенню тощо) норми, в межах реалізації якої відбуваються зловживання. «Зловживання процесуальним правом не допускається, тобто особа не може використовувати процесуальне право не за його призначенням (з іншою метою ніж передбачено КПК)»[1010].

Не був осторонь проблеми зловживання правами і ВС. Так, у 2021 р. в одному з судових рішень було зазначено, що «під зловживанням процесуальними правами розуміється форма умисних, несумлінних дій учасників процесу, що знаходить своє вираження, зокрема, у вчиненні дій, неспівмірних із наслідками, до яких вони можуть призвести, використанні наданих прав всупереч їх призначенню з метою обмеження можливості реалізації чи обмеження прав інших учасників провадження, перешкоджання діяльності суду з правильного та своєчасного розгляду і вирішення справ чи встановлення явної неповаги до суду чи учасників справи»[1011]. В межах господарського провадження ВС зазначив наступне: «зловживання процесуальними правами — це процесуальне правопорушення, яке характеризується умисними недобросовісними діями учасників господарського процесу (їх представників), що призводять до порушення процесуальних прав інших учасників процесу, з метою перешкоджання господарському судочинству, що є підставою для застосування судом процесуальних санкцій (позбавлення права на процесуальну дію або застосування судом інших негативних юридичних наслідків, передбачених законом). Зловживання процесуальними правами зводиться до того, що особа реалізує свої процесуальні права і вчиняє передбачені процесуальним законодавством процесуальні дії, але робить це на шкоду іншим особам з метою, яка не співпадає із завданням господарського процесу»[1012]. З урахуванням тієї обставини, що зловживання розглядається в першу чергу як явище, можна із впевненістю стверджувати, що зазначене рішення можна використовувати і в кримінальному процесі.

1010

1011

1012

[1010] Ухвала ККС від від 17.06.2024, справа № 508/353/16-к. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/119809259

[1011] Постанова ККС від 03.03.2021, справа № 761/27076/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95402580

[1012] Постанова ККС від 27.07.2023, справа № 910/12713/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/112545735

Необхідно звернути увагу на ту обставину, що в більшості випадків і науковці, і практика вказують саме на зловживання правами в кримінальному процесі, хоча це не єдина можлива форма. Як вже було неодноразово зазначено, зловживання — це законна діяльність всупереч завданню, яка ставилась законодавцем при формулюванні відповідного правила поведінки. Тобто зловживання можуть вчинятися і уповноваженими учасниками кримінальних процесуальних правовідносин, а тому доцільно вести мову не лише про зловживання правами, але і про зловживання повноваженнями. Аналізуючи саме цей термін, Т. М. Сліпенюк слушно зазначає, що таке зловживання доцільно розглядати як «самостійний різновид зловживань у кримінальному процесуальному праві, правову природу якого слід визначати як соціально-шкідливу правомірну поведінку»[1013]. Повністю підтримуючи позицію щодо доцільності аналізу зловживання і в частині зловживання правами, і в частині зловживання повноваженнями, необхідно зазначити, що зовнішні форми прояву такої поведінки є відносно тотожною. Змінюється лише суб'єкт, який здійснює зловживання, та власне сама процедура, в межах якої відповідні зловживання відбуваються. Тобто аналізуючи зловживання в кримінальному процесі, неправильним буде обмежуватися лише зловживанням правами, адже фактично нівелюються негативні наслідки від зловживання повноваженнями. При цьому і зловживання правами, і зловживання повноваженнями мають подібні мету, форми прояву, наслідки та результати, тому досліджувати їх доцільно комплексно.

Хоча проблема зловживання в праві взагалі та в кримінальному процесі зокрема висвітлюється досить широко в правовій доктрині, в значній мірі вирішення або хоча б уникнення такої хоча і законної, проте шкідливої поведінки учасників кримінальних процесуальних відносин буде залежати від того, в яких формах проявляються відповідні зловживання. При цьому, незважаючи на комплексність самого поняття, найбільш ефективним методом боротьби зі зловживаннями в кримінальному процесі є реагування на зловживання в конкретних випадках та по відношенню до конкретних інститутів, а не боротьба зі зловживанням як умовним комплексним явищем. Можливо такий висновок виглядає дещо спірним, адже пропонується робити акцент на окремих прикладах зловживань, а не розглядати цю проблему більш широко. Проте

[1013] Сліпенюк Т. М. Зловживання процесуальними повноваженнями стороною обвинувачення у кримінальному процесі : дис. … доктора філософії : 081 Право. Одеса, 2025. С. 91.

складність боротьби зі зловживаннями в кримінальному процесі в першу чергу пояснюється складністю виявлення даного явища. Побороти зловживання як явище фактично неможливо, адже будь-яке зловживання завжди межую з «процесуальною хитрістю», а висновок про необхідність підвищення правосвідомості учасників кримінального провадження є очевидний, занадто загальний та не дуже корисний. За такої логіки найбільш правильним виглядає виділення типових форм зловживання правами та повноваженнями в кримінальному процесі та формулювання пропозицій щодо їх припинення та подальше недопущення. В якості прикладу можна згадати про передбачену чинним КПК процедуру обмеження сторін кримінального провадження (як правило — сторони захисту) в часі на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування відповідно до ч. 10 ст. 290 КПК. Ще за часів дії КПК 1960 р. проблема зловживання стороною захисту правом на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування («зволікання ознайомлення з матеріалами справи») була однією з найбільш критичних та, відповідно, найбільш популярних, адже реальних механізмів обмеження в часі на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування не існувало. Проте в силу певних політичних процесів в попередню редакцію КПК досить оперативно вносять зміни, які дозволяють обмежити сторону захисту в часі на таке ознайомлення. І відповідна норма (з певними модифікаціями) перейшла і до чинного КПК. Очевидно, що запропонована законодавцем процедура не є ідеальною і місить низку недоліків, в тому числі дозволяючи зловживати правом вимагати обмеження в часі на ознайомлення з матеріалами. Проте це і є яскравий приклад боротьби не із концепцією зловживання, яку в її загальному вигляді подолати неможливо (про що було зазначено вище), а з конкретним її проявом. І, незважаючи на низку недоліків запропонованої законодавцем процедури, сумарна користь від неї є більшою, ніж потенційне обмеження прав та свобод учасників кримінального провадження. Саме це і є найкращий спосіб боротьби із зловживаннями в кримінальному процесі:

1) виявлення процедури, за якої відбуваються найбільш шкідливі зловживання;

2) розробка окремої процедури, яка унеможливіть такі зловживання включно із виділення конкретного суб'єкта кримінального процесу, який буде відповідати за недопущення зловживань;

3) оцінка пропорційності потенційного обмеження прав людини та користі для всього кримінального процесу;

4) внесення змін до кримінального процесуального законодавства та запровадження такої процедури.

Такий спосіб виглядає найбільш дієвим для боротьби із зловживаннями в кримінальному процесі. І для його застосування в першу чергу необхідно визначити, в яких саме формах відбуваються зловживання в кримінальному процесі. Так, О. М. Дуфенюк, виокремлює такі основні форми вираження зловживання процесуальними правами:

«– маніпулювання з відводами: неоднократне заявлення відводів з тих самих підстав, з яких уже було прийнято раніше рішення — заявлені відводи мають вади обґрунтування (причини для відводу нелогічні, абсурдні) — почергові відводи різними представниками сторони одному суб'єкту процесуальної діяльності — каскадні відводи (безпідставно заявляється відвід судді, який розглядає клопотання про відвід);

– маніпулювання з клопотаннями — повторне подання клопотань на тих самих підставах, за якими вже було винесено рішення (наприклад, прохання про заміну призначеного захисника або залучення перекладача без реальної потреби), спрямоване на перешкоджання ухваленню рішення у встановлені процесуальні строки;

– маніпулювання зі скаргами неотримання повідомлень, що надсилалися на вказану особою адресу, та відсутність зацікавлення станом скарги (фіктивна необізнаність) — неодноразове подання ідентичних скарг або скарг, в яких змінені лише окремі дані, з метою обійти автоматизовану систему розподілу справ і забезпечити розгляд у конкретного судді, а також повторне подання скарг на тих самих підставах, попри наявність раніше ухваленого рішення;

– маніпулювання з доказами — безпідставні звинувачення у підробці доказів, невчасне або повне неподання доказів чи інших матеріалів, а також відмова від ознайомлення з матеріалами досудового розслідування з подальшим твердженням про їх нерозкриття іншою стороною і визнання доказів недопустимими на цій підставі та ін»[1014].

Якщо рухатись в напряму буквального використання терміну «зловживання» в кримінальному процесуальному законодавстві, то наразі наявні наступні форми зловживань: зловживання правом на відвід (ч. 4 ст. 81 КПК); зловживання при обґрунтуванні технічної неможливості участі у відеоконференції поза межами приміщення суду (абз. 3 ч. 6 ст. 336 КПК); зловживання у випадку затягування судового розгляду під час проголошення вступної промови (абз. 5 ч. 1 ст. 349

[1014] Дуфенюк О. М. Дискурс про «злі наміри» у використанні права в кримінальному провадженні: сутність дисбалансу та концептуальна модель протидії. *Право і суспільство.* 2023. № 2. Т. 2. С. 212.

КПК); довготривале ознайомлення з матеріалами кримінального провадження (ч. 10 ст. 290 КПК)[1015]; обмеження підстав для оскарження вироку на підставі угоди про визнання винуватості (ч. 4 ст. 394 КПК)[1016], «проте, це не означає, що суддя не може визнати інші прояви недобросовісної поведінки учасників кримінального провадження зловживанням процесуальними правами за наявності для цього достатніх підстав»[1017]. Привертає увагу той факт, що законодавець веде мову лише про зловживання правами, хоча на практиці існує безліч прикладів, коли відбувається зловживання повноваженнями (наприклад, у випадку умисної завищеної первинної кваліфікації кримінального правопорушення з метою санкціонування проведення негласних слідчих (розшукових) дій або обмеження прав особи під час застосування запобіжних заходів).

В практиці ВС вже склалася відносно стала судова практика виділення найбільш типових зловживань в кримінальному процесі. До них відносяться:

1) застосування в клопотаннях чи інших документах, якими учасники кримінальних процесуальних відносин, звертаються до суду, нецензурної лексики. «Звернення до суду, з використанням наведених висловлювань виходить за межі нормальної, коректної та легітимної критики, що, наприклад, у розумінні ЄСПЛ констатується як зловживання правом на подання заяви. Так, цей Суд, застосовуючи підпункт «a» пункту 3 статті 35 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, оголошує неприйнятною будь-яку індивідуальну заяву, подану згідно зі статтею 34, якщо він вважає, що ця заява єзловживанням правом на її подання. Для прикладу, Суд вказав на зловживання правом на подання заяви, коли заявник під час спілкування з ЄСПЛ вживав образливі, погрозливі або провокативні висловлювання проти уряду–відповідача, його представника, органів влади держави–відповідача, проти ЄСПЛ, його суддів, Секретаріату ЄСПЛ або його працівників (див. ухвали щодо прийнятності у справах «Ржегак проти Чеської Республіки» від 14.05.2004, заява № 67208/01, «Дюрінже та Гранджпроти

[1015] Постанові ВС від 11.07.2018 у справі № 396/3082/14. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75345713

[1016] Ухвала ККС від 28.09.2020 у справі № 308/2389/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91855156

[1017] Добрянська Н. В., Пєтков С. В. Інститут зловживання процесуальними правами в кримінальному провадженні: теоретичні підходи. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2024. № 7. С. 579.

Франції» від 04.02.2003, заяви № 61164/00 іN°18589/02, «Guntis Apinis проти Латвії» від 20.09.2011, заява № 46549/06)»[1018];

2) подача однотипних скарг, заяв, клопотань. «Варто зауважити, що відповідно до норм чинного законодавства України, зокрема КПК, не передбачено можливості багаторазового звернення особи в одному й тому ж провадженні з подібними заявами про роз'яснення судового рішення. Це обумовлено принципом правової визначеності та неприпустимістю зловживання процесуальними правами»[1019]; «ураховуючи те, що судом неодноразово ухвалювалися постанови щодо висунутих вимог касаційної скарги захисника, Суд звертає увагу, що дії захисника, які полягають у неодноразовому зверненні до суду касаційної інстанції із касаційними скаргами, які за своїм змістом є тотожними та без урахування висновків Суду, з яких такі скарги вже були повернуті скаржнику, суперечать основним засадам і завданням судочинства, та можуть бути визнані судом як зловживання процесуальними правами»[1020];

3) заявлення відводів. «Вважаю, що суд, який здійснював розгляд справи по суті, відповідно до вищевказаних приписів ч. 4 ст. 81 КПК обґрунтовано залишив указані вище заяви без розгляду, оскільки, як убачається з матеріалів провадження, першу заяву було здійснено у зв'язку з ухвалою про відмову зміни запобіжного заходу, а підставою для другої зазначено узагальнене твердження про порушення суддею процесуального закону під час розгляду справи. До того ж, ці заяви були здійснені на етапі закінчення з'ясування обставин кримінального провадження та перевірки їх доказами, що давало суду підставу для висновку про вчинення цих дій з метою зволікання розгляду справи, що тривав уже декілька років, а обвинувачений перебував під вартою»[1021]; «як свідчить відповідна судова практика, серед найпоширеніших видів зловживань учасниками кримінального провадження своїми процесуальними правами є дії, що полягають у повторному поданні заяви про відвід за відсутності інших підстав або нових обставин чи доказів щодо упередженості судді (рішення ВС від 06.12.2021 у справі

1018

1019

1020

1021

[1018] Ухвала ККС від 26.10.2020, справа № 442/2432/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92482997

[1019] Ухвала ККС від 31.03.2025, справа № 372/4887/24. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/126259297

[1020] Постанова ККС від 28.11.2023, справа № 2030/977/12. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/115238868

[1021] Окрема думка судді ВС від 02.04.2025, справа № 761/3302/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/126503036

№ 756/4855/17; від 14.12.2022 у справі № 127/9564/17; від 24.11.2020 у справі № 127/2318/18; від 06.11.2019 у справі № 300/474/17)»[1022].

Привертає увагу той факт, що хоча судді відмовляли у повторному розгляді заяви про відвід, в кожному з перелічених прикладів чітко зазначається, що в таких повторно заявлених відводах не наводились нові підстави чи обставини для відводу. Дійсно, таке уточнення є вкрай оціночним та в окремих випадках може не відповідати дійсності, але хоча б судді зазначають, чому вони можуть стверджувати про зловживання з боку осіб, які повторно заявили відвід. Як свідчить практика місцевих судів, навіть такі вказівки в судових рішеннях є рідкістю. На жаль, склалася практика, відповідно до якої заявлення другого відводу в одному кримінальному провадженні одному і тому самому учаснику такого провадження автоматично буде розглядатися як зловживання та буде тягнути за собою як правило необґрунтовану відмову в розгляді відповідної заяви за ч. 4 ст. 81 КПК. Це є яскравим прикладом ризику законодавчої боротьби зі зловживаннями саме як з явищем — можливість відмовити у розгляді заяви про відвід, яка має ознаки зловживання правом, сама по собі породжує можливість зловживання повноваженнями в частині незаконної та необґрунтованої відмови у розгляді заяви про відвід. Занадто «узагальнена» боротьба зі зловживаннями призводить до зловживань уповноваженими учасниками кримінального провадження, в результаті чого ще більше обмежуються права, свободи та законні інтереси інших суб'єктів кримінального процесу;

4) затягування судового розгляду. «Кримінальна справа щодо ОСОБА_6 надійшла до ВС майже два роки тому. Касаційний розгляд шість разів відкладався, за клопотаннями засудженого. Останній, щоразу, висловлюючи бажання брати особисту участь в судовому засіданні, повідомляв про те, що він через наявні захворювання перебуває на лікуванні, що перешкоджає йому прибути до м. Києва. На підтвердження цих обставин, із електронної пошти дружини ОСОБА_6, надходили фотокопії заяв, авторство яких достовірно неможливо встановити, та фотокопії медичних довідок, автентичність яких також не підтверджено. Відповідно до фотокопій довідок, у ОСОБА_6 наявні хронічні хвороби, а тому він постійно планово лікується стаціонарно та амбулаторно. Однак, протягом усього часу, оригіналів жодного документу не надав. Зважаючи на вказані обставини, а також на тривалість розгляду справи, Суд вбачає, що в діях ОСОБА_6 прослідковується зловживання

1022

[1022] Ухвала слідчого судді Броварського міськрайонного суду Київської області від 24.04.2024, справа № 361/6455/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/118584647

процесуальними правами з метою затягування судового розгляду»[1023]; «у такому повідомленні має міститися конкретна інформація щодо об'єктивної неможливості з'явлення до суду з огляду на тяжкість захворювання або перебування в закладі охорони здоров'я у зв'язку з лікуванням або вагітністю, що є необхідною передумовою обґрунтованості ухваленого судом рішення про відкладення апеляційного розгляду, а також запобігання зловживанням процесуальними правами та дотримання розумних строків кримінального провадження»[1024].

Особливу увагу на даний момент судді приділяють такій обставині як відмова від участі в судовому засіданні в режими відеоконференції. «Крім того, апеляційний суд звернув увагу й на те, що обвинувачений не виявив бажання скористатися можливістю проведення судового засідання в режимі відеоконференції, у разі неможливості прибути безпосередньо до апеляційного суду, своєї правової позиції у будь-який інший доступний спосіб не висловив (письмові пояснення, заперечення, доповнення тощо) та дійшов переконання, що такі дії перешкоджають справедливому розгляду справи протягом розумного строку та спрямовані на свідоме затягування судового процесу, що є проявом зловживання процесуальним правом»[1025]. В цілому популярність проведення судового засідання в режимі відеоконференції дозволила значно пришвидшити та спростити кримінальний процес, адже досить часто такий режим роботи влаштовує всіх учасників кримінального провадження. Однак і тут наявні ризики того, що бажання пришвидшити судовий розгляд та мінімізувати зловживання з боку сторін кримінального провадження дозволить суду зловживати відповідними повноваженнями. Це ще раз підкреслює тезу, що боротьба зі зловживаннями в кримінальному процесі може породжувати ще більш шкідливі зловживання.

Очевидно, що це не єдині форми зловживання, які виділяються ВС, проте це найбільш популярні та типові, на які звертають увагу і інші дослідники[1026]. Привертає увагу той факт, що судді роблять акцент саме

1023

1024

1025

[1023] Ухвала ККС від 22.10.2020, справа № 1-226/11. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92483050

[1024] Постанова ККС від 11.12.2024, справа № 592/9605/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/123841579

[1025] Постанова ККС від 15.05.2025, справа № 278/3104/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/127463911

[1026] Разумовський О. Зловживання процесуальними правами за чинним кримінальним процесуальним законодавством України. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 4. С. 247–252 ; Ознаки зловживання процесуальними правами в кримінальному

на зловживанні правами, а не повноваженнями, хоча таких прикладів достатньо, а шкода від зловживання повноваженнями може бути навіть більшою. Як вже було зазначено, досить популярним зловживанням є завищення первинної кваліфікації кримінального правопорушення з метою проведення НСРД задля ігнорування нормативного припису проводити такі дії лише при розслідуванні тяжких чи особливо тяжких кримінальних правопорушень (за деякими виключеннями). ВС в цілому досліджував дану ситуація та зазначив, що «кваліфікація дій ОСОБА_6 за ч. 3 ст. 368 КПК на початковому етапі досудового розслідування не є порушенням кримінального процесуального закону чи закону про кримінальну відповідальність та не може вважатися неправильною через те, що здійснена на підставі лише тих фактичних даних, які були отримані й перебували у віданні органу досудового розслідування на той час. Отримані в ході досудового розслідування додаткові докази обумовили наступну зміну кваліфікації дій ОСОБА_6 за ч. 1 ст. 368 КК, що не свідчить про прийняття рішення стосовно первинної кваліфікації його дій з порушенням закону про кримінальну відповідальність чи кримінального процесуального закону»[1027]. Тобто дійсно ВС допускає можливості зловживання повноваженнями стороною обвинувачення в частині здійснення завідомо неправильної кваліфікації кримінального правопорушення. Проте дане рішення направлене не стільки на визначення критеріїв оцінки первинної кваліфікації чи алгоритму дії суду з її аналізу, скільки на формулювання загальної тези про те, що якщо зловживання в даному випадку наявне, то воно потребуватиме додаткової аргументації. Більше того, в ЄДРСР відсутні (або майже відсутні) рішення, в яких би визнавались результати НСРД недопустимими доказами саме через зловживання сторони обвинувачення в частині здійснення первинної кваліфікації кримінального правопорушення. Можна було б стверджувати, що така ситуація склалась саме тому, що таких зловживань дійсно немає, проте більш реалістичним виглядає пояснення, відповідно до якого стороні захисту вкрай складно довести зловживання повноваженнями з боку сторони обвинувачення, а суди недостатньо приділяють увагу таким потенційним порушенням з боку уповноважених учасників кримінального провадження. Дана ситуація виступає в якості ще одного індикатора зміщення акценту зі зловживання

процесі: ключові позиції ККС. *Pravo* : веб-сайт. URL: https://pravo.ua/oznaky-zlovzhyvannia-protsesualnymy-pravamy-v-kryminalnomu-protsesi-kliuchovi-pozytsii-kks-vs

[1027] Постанова ККС від 13.09.2021, справа № 750/2942/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99648269

повноваженнями на зловживання правами, хоча більш правильним буде тотожне їх дослідження та аналіз.

Встановивши найбільш типові форми зловживання в кримінальному процесі, необхідно перейти до аналізу способів їх припинення та унеможливлення. Першим найбільш логічним кроком в даному випадку вбачається введення окремої статті в КПК, яка має заборонити зловживання в кримінальному процесі. Дійсно, аналогічні статті вже є у всіх інших процесуальних кодексах: ЦПК України (ст. 44 «Неприпустимість зловживання процесуальними правами»); ГПК України (ст. 43 «Неприпустимість зловживання процесуальними правами»); КАС (ст. 45 «Неприпустимість зловживання процесуальними правами»).

З урахуванням тієї обставини, що в загальному процеси дію подібно, було б логічно передбачити аналогічну статтю і в КПК. Більше того, навіть судова практика починає визначати недопустимість зловживання правами як однин із загальноправових принципів — «і хоча положення КПК не містять визначення поняття «зловживання процесуальним правом», ВС у своїх рішеннях сформував відповідну правову позицію. Зокрема, зазначив, що заборона зловживання процесуальними правами є загальноправовим принципом і поширюється на всі галузі права (ухвала ККС від 30.05.2018 у справі № 676/7346/15-к). Процесуальний закон забезпечує дотримання прав осіб, а не використання їх для зловживання (постанова ККС від 09.04.2019 у справі № 306/1602/16-к)»[1028].

В цілому, саме це і планувалося зробити у 2018 р., коли законопроєктом 9055 планувалось, крім іншого, додати нову засаду в КПК — «Неприпустимість зловживання процесуальними правами». За своєю формою дане положення було досить подібним до аналогічних положень в інших процесуальних кодексах, які були перераховані вище. Тобто така зміна мала виглядати більше як формальність. Проте з такою позицією не погоджувались ні теоретики, ні практики. І. В. Гловюк з цього приводу зазначала, що «запровадження цієї засади кримінального провадження у сучасних умовах призведе до розбалансування змагальності кримінального провадження. Її існування взагалі у кримінальному провадженні можливо лише за умови «зразкового» виконання своїх процесуальних обов'язків усіма учасниками кримінального провадження, у тому числі тих, які мають владні повноваження»[1029]. Повністю

1028

1029

[1028] Окрема думка судді ВАКС від 16.02.2023, справа № 991/1087/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/109106140

[1029] Гловюк І. Неприпустимість зловживання процесуальними правами як перспективна засада кримінального провадження: прогрес чи регрес? *Національна асоціація адвокатів України* : веб-сайт. URL: https://unba.org.ua/publications/3646-nepripustimist-

підтримуючи та розвиваючи цю тезу, необхідно нагадати наведені вище приклади, коли задля боротьби зі зловживаннями в кримінальному процесі іншим учасникам кримінального провадження надавалися занадто широкі повноваження, які призводили до ще більших зловживань. Саме це і могло трапитись у випадку введення в дію ст. 22[1] КПК «Неприпустимість зловживання процесуальними правами». Дійсно, в дані статті надавались найбільш типові приклади таких зловживань — подання скарги на судове рішення, яке не підлягає оскарженню, є нечинним або дія якого закінчилася, подання клопотання (заяви) для вирішення питання, яке вже вирішено судом, за відсутності інших підстав або нових обставин чи доказів; повторне подання скарги чи клопотання до вирішення судом скарги чи клопотання того самого змісту; заявлення завідомо безпідставного відводу або відводу з підстав, вже розглянутих судом, за відсутності нових обставин чи доказів; неявка захисника у судове засідання без поважних причин, якщо обвинувачений заперечує проти проведення судового розгляду за відсутності захисника; звернення до суду із завідомо безпідставним клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів або накладення арешту на майно. Проте цей перелік був невичерпний, адже він наводився разом з прислівником «зокрема». Тобто законодавець надав лише найбільш поширені зловживання, а не повний їх перелік[1030], що б дозволяло слідчому судді та суду самостійно оцінювати, які саме дії можуть бути визначені як зловживання, що неодмінно б призвело до нових зловживань, але вже з боку слідчого судді та суду відповідно. Якщо і вводити відповідну засаду в кримінальне процесуальне законодавство, то необхідно було передбачити перелік ознак чи критеріїв зловживання правами[1031].

Також необхідно звернути увагу на те, що запропоноване положення дозволило б боротися лише зі зловживанням правами, але не повноваженнями. Знову можна констатувати зміщення акценту в бік більш прискіпливого аналізу поведінки сторони захисту, а не обвинувачення. Більше того, поведінка сторони обвинувачення в процесі реалізації своїх владних повноважень взагалі не підпадала під дію ст. 22[1] КПК, тобто

[1030] Цікавим в даному випадку є той факт, що таких прикладів зловживання було вказано саме п'ять — рівно ж стільки, скільки у ГПК, ЦПК та КАС. Чому було прийнято рішення в кожному з процесуальних кодексів надати саме п'ять прикладів зловживань — незрозуміло

[1031] Для прикладу — в ч. 3 ст. 28 КПК України надаються критерії для визначення розумності строків кримінального провадження. Очевидно, що такі критерії не є ідеальними, але вони хоча б дають загальне розуміння, що та як має оцінюватись уповноваженими учасниками кримінального провадження.

сторона обвинувачення отримувала імунітет від оцінки власних дії з точки зору зловживання, що вказує на вибірковість дії даного положення та штучність обмеження процесуальних можливостей сторони захисту. Також слід нагадати, що інші процесуальні кодекси повністю або в більшій частині регулюють порядок судового розгляду — стадії, на якій учасники відповідних правовідносин мають, як правило, рівні права та обов'язки. Структура ж кримінального процесу є складнішою, адже будь-яке кримінальне провадження починається зі стадії досудового розслідування. І саме на стадії досудового розслідування допускаються найбільші порушення прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, в тому числі і через зловживання. Відповідно, боротьба зі зловживаннями в кримінальному процесі має бути ширшою, адже повинна передбачати можливість виявлення та впливу на зловживання і на стадії досудового розслідування, а отже це має стосуватися і зловживання повноваженнями з боку сторони обвинувачення.

Можна продовжувати вказувати на недоліки даного положення, але і цього має бути достатньо для розуміння того, що введення в КПК засади під назвою «Неприпустимість зловживання процесуальними правами» проблему зі зловживаннями не вирішить, але зробить її ще більшою. Боротьба зі зловживаннями в кримінальному процесі має відбуватися не на загальному рівні, а стосуватися конкретних інститутів та процедур.

О. Яновська в одному зі своїх виступів звернула увагу на «один з інструментів реагування на зловживання процесуальними правами, про який ідеться в постанові об'єднаної палати ККС від 14.06.2021 у справі № 686/9636/18. У цьому провадженні ВС зробив висновок про те, що суд апеляційної інстанції за наявності відповідних підстав має процесуальні повноваження для постановлення ухвал, які не вирішують справи по суті, однак звертають увагу уповноважених органів на встановлені у кримінальному провадженні факти порушення закону, які потребують вжиття належних заходів реагування»[1032]. Таким чином судді можуть застосовувати позапроцесуальні методи боротьби зі зловживаннями в кримінальному процесі, надаючи органам, уповноваженим на притягнення осіб, які зловживають правами чи повноваженнями, до відповідальності, визначеної законом. Проте такий спосіб можна визначити не стільки як боротьбу, скільки як інформування про зловживання. Більше того, відповідна реакція уповноважених посадових осіб на зловживання

1032

[1032] Судді ККС розповіли про проблему зловживання процесуальними правами та про останню практику ОП ККС. *Верховний суд* : веб-сайт. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1211840

не буде мати прямого впливу на хід та результати кримінального провадження. Такі ухвали можна розглядати лише як забезпечення унеможливлення зловживання з боку відповідного учасника кримінального провадження в майбутньому і мають виступати в якості додаткового способу боротьби зі зловживаннями, але не основного. А вже основний спосіб повинен стосуватися тих найбільш проблемних інститутів, під час реалізації яких і відбувається найбільше зловживань.

Наприклад, одним з найбільш ефективних та, відповідно, популярних способів затягування строків судового розгляду є неприбуття учасників кримінального провадження (особливо — свідків) на судові засідання. 28 червня 2024 р. було зареєстровано Проект Закону про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення поваги до суду та оперативності розгляду кримінального провадження судом № 11387[1033], завданням якого в тому числі має бути вирішення окресленої вище проблеми[1034]. Так, даним Проектом пропонується, крім іншого, додати до ст. 314 КПК наступне положення «Неприбуття у підготовче судове засідання потерпілого, його представника та законного представника, цивільного позивача, його представника та законного представника, цивільного відповідача та його представника, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, які були належним чином повідомлені про дату, час і місце засідання, не перешкоджає вирішенню питань, пов'язаних з підготовкою до судового розгляду, крім випадків, коли суд визнає їх участь необхідною для прийняття рішення, передбаченого у частині третій цієї статті», а ст. 95 КПК розширити наступним положенням: «прокурор зобов'язаний забезпечити прибуття до суду свідків обвинувачення, викликаних у судове засідання». В даному випадку неправильним буде надання схвального відгуку про законопроект на підставі лише двох положення, але можна помітити, що законодавець рухається по визначеному вище шаблону — визначає процедуру, під час реалізації якої найчастіше відбуваються зловживання, встановлює суб'єкта, відповідного за недопущення таких зловживань, розробляє додаткову або уточнену

[1033] Проект Закону про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення поваги до суду та оперативності розгляду кримінального провадження судом № 11387. *Верховна Рада України* : веб-сайт. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/44510

1033

[1034] На момент написання цього тексту Проект Закону було прийнято за основу в першому читанні, а на друге читання було надано порівняльну таблицю.

процедуру, яка має унеможливити такі зловживання, та імплементує її до кримінального процесуального законодавства України. Саме такий спосіб боротьби зі зловживанням виглядає найбільш ефективним та дієвим. Дійсно, він вимагає реакції на кожне зловживання, проте такий підхід є більш корисним, ніж розроблення єдиної універсальної «мегазасади», яка має дозволити раз і назавжди перемогти зловживаннями.

Також привертає увагу той факт, що законодавець в ст. 95 КПК пропонує закріпити саме за прокурором обов'язок забезпечувати явку свідків зі сторони обвинувачення. Так само не намагаючись дати оцінку ефективності саме такої пропозиції, позитивним слід визнати бажання законодавця визначати конкретну особу, яка має бути відповідальною за реалізацією тієї чи іншої процедури в кримінальному процесі. Адресування проблеми зловживання конкретному суб'єкту може виглядати як створення додаткових (інколи навіть позапроцесуальних) обов'язків, проте дозволяє визначити одного учасника кримінального провадження, який повинен із використанням доступних йому процесуальних інструментів забезпечити реалізацію відповідного процесуального інституту. Розуміння того, що саме ця особа буде, наприклад, відповідати за явку свідків, дозволить з самого початку кримінального провадження правильного його організувати та спланувати. Крім того, така єдність кримінальної процесуальної відповідальності також спростить взаємодію відповідних учасників кримінального провадження, адже вже з самого початку кожен буде розуміти, хто чим займається та за що відповідає.

Власне законодавець в даному випадку запропонував один зі способів вирішення вкрай популярної не лише в Україні проблеми — затягуванні строків судового розгляду. Відповідно до ч.1 ст. 318 КПК, судовий розгляд має бути проведений і завершений протягом розумного строку. В даному випадку «розумність строку» — це не просто оціночний термін, а конкретне поняття, яке має свої критерії, визначені в ст. 28 КПК. Більше того, наявна численна практика ЄСПЛ, ВС та інших судів щодо оцінки дотримання чи недотримання розумного строку судового розгляду, виділення окремих критеріїв та загальних правил аналізу даного поняття. Проблема полягає в тому, що навіть такий значний масив як практичного, так і теоретичного напрацювання не дозволяє в повній мірі ліквідувати цю проблему, яка, як було зазначено вище, притаманна далеко не тільки судовій системі України. Дійсно, судді можуть оцінювати загальну тривалість судового розгляду та констатувати невиконання вимоги розумності строку, однак КПК не надає їм реальних повноважень впливати на поведінку учасників кримінального провадження задля недопущення затягування строків судового розгляду. В цілому

такий підхід можна вважати правильним, адже галузь кримінального процесу в силу можливого обмеження прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження дійсно є досить забюрократизованою, відповідно чітко визначена форма здійснення кримінального провадження мінімізує свавілля в питаннях, які можуть напряму впливати на права людини. Проте саме ця забюрократизованість не дозволяє якісно боротися з проявами зловживань, адже занадто широка дискреція призведе до ще більших зловживань.

В якості одного з найпопулярніших прикладів вирішення проблеми затягування строків судового розгляду можна навести приклад Канади. Так, у справі R. v. Jordan[1035] у 2016 році Верховний Суд Канади розробив граничні строки судового розгляду — 18 місяців у провінційних судах та 30 місяців у судах вищої інстанції (в залежності від тяжкості кримінального правопорушення та складності провадження). Якщо відповідний судовий розгляд триває більше встановленого строку, то презюмується, що відповідна затримка необґрунтована, а обов'язок це спростувати покладається на сторону обвинувачення. Сторона обвинувачення має довести, що затримка судового розгляду відбувалась у зв'язку з наявністю виняткових обставин, тобто таких обставин, які: 1) були обґрунтовано непередбачуваними чи неминучими; 2) неможливо було виправити під час судового розгляду. При цьому строк затримки, який виник через такі виняткові обставини, віднімається від граничного строку, який було зазначено вище. Отже навіть якщо були встановлені непередбачувані обставини, які вплинули на строк судового розгляду, ці обставини самі по собі не обґрунтовують загальну затримку, а лише частину строку. При цьому Верховний Суд Канади також виділив другу групу виняткових обставин — це особливо складні справи, які вимагають додаткового часу для їх дослідження.

Чи можна стверджувати, що такий приклад є ідеальним і таку практику безумовно необхідно застосовувати і в кримінальному процесі України? Однозначно ні. Більше того, в даному випадку Верховний Суд Канади не стільки уточнив, скільки фактично змінив порядок здійснення кримінального провадження. Такий підхід виглядає надто радикальним, особливо у вітчизняних правових реаліях. Введення такого роду презумпції, покладання обов'язку її спростування на сторону обвинувачення та виділення фактично нової підстави для закриття кримінального провадження суттєво змінює порядок кримінального провадження,

1035

[1035] Supreme Court Judgment «R. v. Jordan». *Supreme Court of Canada* : web site. URL: https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/16057/index.do

а тому відповідне рішення має прийматися на рівні законодавця та фіналізуватися в тексті КПК. Однак не можна не оцінити сміливість та рішучість Верховного Суду Канади в намаганні вирішити фактично вічну проблему із затягуванням судового розгляду. Дійсно, запропонована процедура є спірною та не обов'язково справедливою (по відношенню до сторони обвинувачення, яка фактично повинна доводити факт зловживання правами стороною захисту), проте не можна ігнорувати лаконічність та ефективність такого рішення. Можна стверджувати, що такі дії також підпадають під окреслену вище модель — було виявлено проблему, розроблено механізм її вирішення та впроваджено в практичну діяльність. Також було визначено конкретного учасника кримінального провадження, який має доводити відсутність зловживання — представника Корони (тобто сторони обвинувачення). І хоча такий обов'язок для прокурора буде в деякій мірі обтяжливим, підхід, відповідно до якого саме держава (в особі представника сторони обвинувачення) має оцінити затягування судового розгляду, виглядає логічним та правильним. Адже саме представник Корони був наділений владними повноваженнями протягом значної частини кримінального провадження та може в повній мірі оцінити як свою поведінку, так і поведінку сторони захисту.

Ще один приклад боротьби із затягуванням судового розгляду — це Закон про кримінальне судочинство Південно-Африканської Республіки (зі змінами). Так, ст. 342А даного Закону називається «Необґрунтовані затримки в судовому процесі», де зазначається, що суд, який розглядає кримінальне провадження, повинен дослідити будь-які затримки у судовому розгляді, які здаються необґрунтованими та які можуть завдати суттєвої шкоди обвинуваченому, свідкам чи державі в цілому. Розглядаючи питання про те, чи була відповідна затримка необґрунтованою, суд має враховувати такі фактори:

– тривалість затримки;

– причини затримки;

– чи є конкретна особа, через яку відбулась затримка;

– вплив затримки за провадження в цілому та на окремих учасників провадження;

– серйозність та складність кримінального провадження;

– фактичну або потенційну шкоду, завдану державі, включаючи втрату доказів, неможливість допиту свідка, додаткові витрати тощо;

– вплив затримки на здійснення правосуддя;

– негативний вплив на інтереси громадськості або потерпілого у разі зупинення або припинення кримінального провадження;

– інші фактори, які, на думку суду, мають бути врахованими.

Якщо суд встановить, що затримка дійсно є необґрунтованою, він може прийняти рішення, необхідне для усунення такої затримки, в тому числі рішення:

– про відмову в подальшому відкладенні провадження;

– про уточнення підстав для майбутнього відкладення;

– про відмову у поновленні кримінального провадження або про його закриття;

– про відшкодування обвинуваченому коштів з боку держави через необґрунтовану затримку;

– про відшкодування обвинуваченим або його представником коштів державі через необґрунтовані затримки з боку обвинуваченого або його представника;

– про передачу справи до відповідних органів для вирішення питання про притягнення осіб до дисциплінарної відповідальності.

Національний директор державного обвинувачення повинен протягом 14 після закінчення січня та липня кожного року подавати звіт до КМУ, в якому будуть міститися відомості, передбачені Законом, що очікують судового розгляду, стосовно кожного обвинуваченого, якщо в провадженні ще не розпочалось дослідження доказів і до кінця відповідного місяця особа безперервно перебувала під вартою протягом 18 місяців з дати арешту у провадженні, яке розлягається Високим судом; 12 місяців з дати арешту в провадженні, яке розглядається регіональним судом; 6 місяців з дати арешту в провадженні, яке розглядається в магістратському суді[1036].

Таку модель боротьби з затягуванням судового розгляду теж складно назвати ідеальною, адже в ній є свої слабкі сторони. Крім того повністю імплементувати вказане положення у вітчизняне законодавство неможливо, адже воно стосується дещо іншої правової системи, яка має свої особливості. В той же час необхідно звернути увагу на принципову відмінність від подібних положень в кримінальному процесуальному законодавстві інших країн: в Законі про кримінальне судочинство Південно-Африканської Республіки вказується конкретний суб'єкт, який відповідає за дотримання принципу розумності строків — суд, вказуються строки, після спливу яких має підніматись питання про дотримання даного принципу, а також надається конкретний перелік рішень, які може прийняти суд у випадку виявлення ознак зловживання правами та повноваженнями учасниками кримінального провадження.

1036

[1036] Criminal Procedure Act 51 of 1977. *Department: Justice and Constitutional Development* : web site. URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1977-051.pdf

При цьому необхідно зробити акцент, що такі рішення є досить різноманітними за своєю природою — тут і про можливість закрити провадження, і про накладення грошового стягнення (як на обвинуваченого на користь держави, так і на державу на користь обвинуваченого), і про ініціювання питання про притягнення осіб до дисциплінарної відповідальності. Тобто дане положення має комплексний характер, адже воно намагається вирішити проблему затягування строків судового розгляду з різних сторін.

Висновки. Найкращим способом боротьби зі зловживаннями в кримінальному процесі є виділення конкретних інститутів чи процедур, під час яких найчастіше відбуваються зловживання або наслідки таких зловживань є особливо негативними, визначення осіб, які відповідальні за встановлення/доведення/спростування факту зловживань та внесення змін до кримінального процесуального законодавства з метою усунення першопричин таких зловживань. Дійсно, такий підхід не дозволяє боротися зі зловживаннями в кримінальному процесі комплексно, проте, як свідчать низка наведених прикладів, саме такий підхід дозволить ефективно боротися з конкретними проявами зловживань та мінімізувати негативні наслідки.

В якості прикладу можна запропонувати доповнити КПК статтею щодо перевірки розумності строків судового розгляду, як це було зроблено в Законі про кримінальне судочинство Південно-Африканської Республіки. При цьому в якості часових меж та обов'язку доказування відсутності зловживань чи доцільності продовження судового розгляду можна за основу взяти зразок Канади. Очевидно, що 18 і 30 місяців — цифра умовна, вона має бути уточнена на основі наявної та бажаної судової практики з урахуванням низки спеціальних умов. В той же час принциповим є те, щоб у відповідному положенні КПК була зазначені чіткі часові рамки, про які сторони будуть знати ще до початку судового розгляду.

Так само вдалою виглядає практика, відповідно до якої саме сторона обвинувачення має доводити необхідність продовження судового розгляду. В даному випадку можна вести мову про презумпцію в частині відповідальності держави за затягування строків судового розгляду — сторона обвинувачення винувата за зловживання поки інше не буде нею доведено в суді. Хоча такий підхід є односторонній та, можливо, не зовсім справедливим, проте підкреслює відповідальність держави (в особі прокурора) за забезпечення розумного строку. Дійсно, прокурор під час судового розгляду не стільки представляє державу, скільки сторону обвинувачення, а тому реальних владних повноважень майже не

має, проте суд має виступати як арбітр в даному випадку, а не як один із суб'єктів доказування. Крім того, доцільно робити такі перевірки дотримання строків судового розгляду постійними задля недопущення зловживання учасниками кримінального провадження в майбутньому.

У зв'язку з цим пропонується доповнити КПК ст. 318[1] наступного змісту:

«ст. 318[1]. Оцінка розумності строку судового розгляду.

1. Суд перевіряє розумність строку судового розгляду за власною ініціативою або за клопотанням сторони кримінального провадження. Якщо повторно заявлене клопотання про оцінку розумності строків судового розгляду має ознаки зловживання правом з метою затягування кримінального провадження, суд має право залишити таке клопотання без розгляду.

2. Суд зобов'язаний перевірити дотримання принципу розумності строків судового розгляду, якщо з моменту надсилання обвинувального акту, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру судовий розгляд триває 18 місяців щодо кримінальних проступків або нетяжких злочинів та 30 місяців щодо тяжких та особливо тяжких злочинів.

3. У випадку, передбаченому частиною другою цієї статті, прокурор повинен довести перед судом, що затримки відбулися не з вини сторони обвинувачення або вони пояснюються винятковою складністю кримінального провадження чи іншими об'єктивно існуючими обставинами, на які сторона обвинувачення не могла вплинути.

4. Якщо буде встановлено, що затягування судового розгляду відбулося з вини представників сторони обвинувачення, суд може прийняти рішення про:

– повідомлення уповноважених осіб щодо вирішення питання про притягнення відповідальних осіб до дисциплінарної відповідальності;

– відшкодування шкоди стороні захисту за затягування судового розгляду за рахунок Державного бюджету України;

– закриття кримінального провадження через фактичну відмову або неможливість підтримання прокурором обвинувачення.

5. Якщо буде встановлено, що затягування судового розгляду відбулося з вини представників сторони захисту або інших учасників судового розгляду, суд може прийняти рішення про:

– повідомлення уповноважених осіб щодо вирішення питання про притягнення відповідальних осіб до дисциплінарної відповідальності;

– накладення грошового стягнення на осіб, які відповідальні за затягування судового розгляду;

– заміну захисника у випадку, якщо він здійснює захист за дорученням.

6. Якщо суд у випадках, передбачених частиною другою цієї статті, прийме рішення, що затягування судового розгляду не відбулось, то судовий розгляд продовжується. При цьому наступна оцінка розумності строку судового розгляду має відбутися не пізніше 9 місяців щодо кримінальних проступків та нетяжких злочинів та не пізніше 15 місяців щодо тяжких та особливо тяжких злочинів.

7. Рішення суду, ухвалені за результатами оцінки розумності строку судового розгляду, можуть бути оскаржені в апеляційному порядку».

Об'єктивно вказана пропозиція взагалі та норма зокрема потребують доопрацювання. Так, необхідно уточнити підстави для закриття кримінального провадження судом, уточнити наслідки подання апеляційної скарги, можливо розширити перелік рішень, які може приймати суд (особливо у випадку встановлення зловживань стороною захисту, адже накладення грошового стягнення та ризик бути притягнутим до дисциплінарної відповідальності часто буває недостатньо для припинення зловживань, а заміна захисника можлива лише у випадку, якщо захисника було призначено) тощо. В той же час вказана норма відповідає раніше визначеному шаблону боротьби зі зловживаннями в кримінальному процесі: виділено інститут, де такі зловживання найчастіше відбуваються — затягування судового розгляду; встановлено особу, яка має доводити відсутність затягування — прокурор; визначено чіткі строки, коли має відбутися така перша та подальші перевірки (незалежно від волі учасників кримінального провадження); встановлені конкретні наслідки зловживання аж до закриття кримінального провадження. Видається, що саме такий порядок дозволить гарантувати якісну та ефективну боротьбу з даним конкретним прикладом зловживання в кримінальному процесі.

Розділ 5. ВПЛИВ ПРАВОТВОРЧОСТІ НА МОДЕРНІЗАЦІЮ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ В ЧАСТИНІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА КОМПРОМІС У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Марія СІРОТКІНА-БУТ
доктор юридичних наук

ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7897-409X

Завдячуючи правотворчій діяльності, процес модернізації кримінального процесуального права є безперервним, оскільки вітчизняне право, як живий організм, постійно змінюється, розвивається та еволюціонує разом із суспільством, впроваджуючи ідеї верховенства права в усі сфери життя, орієнтуючись на євроінтеграцію держави. Такий вплив правотворчості є позитивним, оскільки постійно спонукає до усунення правових прогалин у кримінальному процесуальному законодавстві.

Акцентовано, що свого часу правотворча діяльність вплинула на виникнення та реалізацію права на компроміс у кримінальному провадженні, здійснивши «апгрейд» не тільки права, але й самої кримінальної процесуальної форми, запровадивши новий тип кримінального процесу — прагматичний, який може бути як приватно-прагматичним (звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, угода про примирення, медіація), так і публічно-прагматичним (угода про визнання винуватості).

Зазначено, що під правом на компроміс у кримінальному процесі потрібно розуміти право сторін кримінально-правового конфлікту на отримання цінностей, благ поновлюючого характеру, якому кореспондує обов'язок винуватої у вчиненні кримінального правопорушення особи вчинити відновну дію, як для потерпілої особи, так і для держави й суспільства загалом, з метою відновлення порушеного кримінально караним діянням суспільного спокою, безпеки та правового порядку. Формами реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні є: звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, угоди про примирення та про визнання винуватості, медіація.

Констатовано, що після прийняття ЗУ «Про медіацію» виявлено багато правових прогалин у правозастосуванні процедури медіації у кримінальному провадженні, як однієї з форм реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні.

Акцентовано, що у вітчизняній правовій науці виник феномен судової правотворчості, який сприяє правотворчій діяльності, «добудовуючи» право. Для більшої результативності запровадження та реалізації медіації у кримінальному провадженні необхідним є поєднання законодавчої та судової правотворчості, що дозволить досягти найвищої якості та ефективності унормування кримінального та кримінального процесуального законодавства.

Сформульовано низку пропозицій щодо змін і доповнень до чинного КПК України з питань, що стосуються застосування процедури медіації у кримінальному провадженні.

Ключові слова: правотворчість, судова правотворчість, правові прогалини, модернізація кримінального процесу, право на компроміс, форми реалізації права на компроміс, кримінально-правовий конфлікт, кримінальна процесуальна форма, прагматичний тип кримінального процесу, приватно-прагматичний тип кримінального процесу, публічно-прагматичних тип кримінального процесу, угода про примирення потерпілого з підозрюваним чи обвинуваченим, угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, неповнолітні, потерпілий, підозрюваний/обвинувачений, відновне правосуддя, альтернативи вирішення спорів, медіація.

SIROTKINA-BUT MARIIA,

THE INFLUENCE OF LAWMAKING ON THE MODERNIZATION OF THE CRIMINAL PROCESS IN TERMS OF THE IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO COMPROMISE IN CRIMINAL PROCEEDINGS.

Thanks to law-making activity, the process of modernization of criminal procedural law is continuous, since domestic law, as a living organism, is constantly changing, developing and evolving together with society, introducing the ideas of the rule of law into all spheres of life, focusing on the European integration of the state. This influence of law-making is positive, as it constantly encourages the elimination of legal gaps in criminal procedural legislation.

It is emphasized that at one time, lawmaking activity influenced the emergence and implementation of the right to compromise in criminal proceedings, having «upgraded» not only the law, but also the criminal procedural form itself, introducing a new type of criminal process — pragmatic, which can be both private-pragmatic (release from criminal liability in connection with the reconciliation of the guilty party with the victim, reconciliation agreement, mediation), and public-pragmatic (plea agreement).

It is noted that the right to compromise in criminal proceedings should be understood as the right to receive values, benefits of a restorative nature by the parties to the criminal-legal conflict, which corresponds to the obligation of the person guilty of committing a criminal offense to perform restorative action, both for the victim and for the state and society as a whole, in order to restore public peace, security and legal order violated by a criminally punishable act. The forms of implementation of the right to compromise in criminal proceedings are: release from criminal liability in connection with the reconciliation of the guilty party with the victim, agreements on reconciliation and on admission of guilt, mediation.

It was found that after the adoption of the Law of Ukraine «On Mediation», many legal gaps were identified in the application of the mediation procedure in criminal proceedings, as one of the forms of exercising the right to compromise in criminal proceedings.

It is emphasized that in domestic legal science, the phenomenon of judicial lawmaking has emerged, which contributes to lawmaking activity, «completing» the law. For greater effectiveness in the introduction and implementation of mediation in criminal proceedings, it is necessary to combine legislative and judicial lawmaking, which will allow achieving the highest quality and efficiency of the standardization of criminal and criminal procedural legislation.

A number of proposals have been formulated regarding amendments and additions to the current Code of Criminal Procedure of Ukraine on issues related to the application of the mediation procedure in criminal proceedings.

Keywords: lawmaking, judicial lawmaking, legal gaps, modernization of the criminal process, the right to compromise, forms of exercising the right to compromise, criminal-legal conflict, criminal procedural form, pragmatic type of criminal process, private-pragmatic type of criminal process, public-pragmatic type of criminal process, agreement on reconciliation of the victim with the suspect or accused, plea agreement between the prosecutor and the suspect or accused, release from criminal liability in connection with the reconciliation of the guilty party with the victim, minors, victim, suspect/accused, restorative justice, alternative dispute resolution, mediation.

Однією із рушійних сил модернізації вітчизняного кримінального процесуального законодавства є правотворчість, яка диктує свої чітко визначені правила, принципи, умови, запроваджує нові форми, механізми реалізації прав чи процедур у кримінальному провадженні та ін. Цей процес модернізації є безперервним, оскільки вітчизняне право, як живий організм, постійно змінюється, розвивається та еволюціонує разом із суспільством, впроваджуючи ідеї верховенства права в усі сфери життя, орієнтуючись на євроінтеграцію держави.

Дуже символічно, що 24.08.2023 ВРУ прийняла Закон «Про правотворчу діяльність», який набрав чинності 20.09.2023, але його введення в дію відтерміновано — через один рік із дня припинення або скасування воєнного стану в Україні, за винятком окремих його статей. Цей відповідальний крок законодавця *(прийняття Закону — С.-Б. М.)* удосконалив також і сам процес правотворчої діяльності, окресливши у преамбулі Закону мету, з якою його було прийнято, та визначивши у Законі правові та організаційні засади правотворчої діяльності, принципи і порядок її здійснення, учасників правотворчої діяльності, правила техніки нормопроєктування, порядок здійснення обліку нормативно-правових актів, а також правила дії нормативно-правових актів, усунення прогалин, подолання колізій у нормативно-правових актах та здійснення контролю за реалізацією нормативно-правових актів.

Варто звернути увагу на той факт, що правотворча діяльність здійснювалась і до прийняття цього закону відповідно до певних правил. Відтак, значна кількість норм даного Закону є фактично узагальненням та впорядкуванням вже діючих правил здійснення правотворчої діяльності. Іншими словами, вони значною мірою відображають *status qvo* правотворчої діяльності. Це стосується, поряд з іншим, положень Закону стосовно юридичної сили нормативно-правових актів, ієрархії нормативно-правових актів, класифікації нормативно-правових актів, правил вирішення колізій тощо…[1037].

Відповідно до статті 2 Закону правотворча діяльність — це діяльність з планування, розроблення проектів нормативно-правових актів (їх концепції) та прийняття (видання) нормативно-правових актів, ведення їх обліку та здійснення правового моніторингу[1038].

1037

1038

[1037] Нашинець-Наумова А. Ю., Удовенко Ж. В., Братко І. В. Правотворчість: форма та проблеми реалізації. *Соціологія права.* 2025. Випуск 1 (50). С. 134. URL: https://elibrary.kubg.edu.ua/id/eprint/52890/1/A_Nashynets-Naumova_SP_2025_FPMV.pdf

[1038] Про правотворчу діяльність : Закон України від 24 серп. 2023 р. № 3354-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3354-20#Text

У науковому дискурсі надзвичайно важливо розрізняти поняття «правотворчості» та «нормотворчості», які перебувають у співвідношенні загального і часткового. Правотворчість охоплює весь процес формування права — від доктринальних позицій й історичних концептуальних підходів до оформлення правової системи загалом. Це творення права у широкому розумінні: як явища, як цінності, як духовної та інтелектуальної категорії. Натомість нормотворчість є складовою правотворчості, зосередженою на конструюванні конкретного нормативно-правового акту чи норми права[1039].

Свого часу правотворча діяльність вплинула і на виникнення та реалізацію права на компроміс у кримінальному провадженні, здійснивши «апгрейд» не тільки права, але й самої кримінальної процесуальної форми під впливом нових суспільних тенденцій, вимог, ідей та вчень щодо зміни орієнтирів стосовно реакції держави на певні види кримінальних правопорушеннь, її відношення до сторін кримінально-правового конфлікту, запроваджуючи у законодавство можливість застосування сторонами конфлікту, який виник у результаті скоєння кримінального правопорушення, розумного компромісу при його вирішенні.

Один з прихильників нового погляду реагування держави на кримінальне правопорушення і прибічник втілення ідей відновного правосуддя Говард Зер констатував, що проблемою сучасної системи кримінальних покарань у розвинутих країнах є «знеособленість» пенітенціарної системи. Така «знеособленість» проявляється у байдужому ставленні до жертв злочину. Здавалося б, система кримінального права і правоохоронних органів спрямована на захист інтересів жертви. Однак досить часто трапляється так, ніби потерпілий «зникає» з процесу здійснення правосуддя або його участь у судовому процесі зводиться до мінімальної. Фактично майже нічого не робиться для реального відшкодування потерпілому моральних збитків, заподіяних у результаті вчинення злочину. Потерпілий має право на відшкодування завданих йому збитків, однак зазвичай грошова компенсація сприймається ним як спроба зняття моральної відповідальності зі злочинця, і такий факт для потерпілого є недостатнім, щоб упоратися з наслідками моральної травми, завданої кримінальним правопорушенням. Показовим та наявним є також і «знеособлене» ставлення до індивідуальності злочинця,

[1039] Кріцак І. В., Іншекова Ю. Ю., Поляков І. С. Правотворчість у кримінально-правовій сфері: між традиціоналізмом та новаторством. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2025. № 34(1), С. 507. URL: https://vca.univd.edu.ua/index.php/vca/article/download/470/491

1039

щодо трансформації його особистості після покарання. Часто злочинець сприймається не як особистість з минулим і майбутнім, а, насамперед, як небезпечний «елемент», який становить загрозу суспільству[1040].

Учений зазначав, що відновне правосуддя — це скоріше «лінзи», через які можна дивитися на світ, це точка відліку у пошуках справедливості. Ці лінзи дозволяють побачити істину, яка так чи інакше присутня у всіх культурах[1041].

Саме впровадження ідей гуманізму у правозастосуванні не тільки щодо потерпілої особи, а й до підозрюваного, обвинуваченого чи засудженого, дозволило втілити ідеї відновного правосуддя та запровадити застосування альтернатив вирішення спорів у систему традиційного кримінального судочинства.

Яскравим прикладом та результатом правотворення цього є запроваджені на законодавчому рівні форми реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні, аналізуючи які можемо сформулювати визначення, що є правом на компроміс у кримінальному процесі.

Отже, *під правом на компроміс слід розуміти право сторін кримінально-правового конфлікту на отримання цінностей, благ поновлюючого характеру, якому кореспондує обов'язок винуватої у скоєнні кримінального правопорушення особи вчинити відновну дію як для потерпілої особи, так і для суспільства, з метою відновлення порушеного кримінально караним діянням суспільного спокою, безпеки та правового порядку*[1042].

Активно запроваджувати право на компроміс у кримінальному процесі України законодавець розпочав з 2001 р. Право на компроміс з'являється у нормах кримінального законодавства шляхом доповнення на законодавчому рівні положення, що стосується звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК України). Пізніше, у положеннях КПК України 2012 р., з'являється Глава 35 Розділу VI «Особливі порядки кримінального провадження», яка реалізує право на компроміс у вигляді угод у кримінальному провадженні, розширюючи межі реалізації цього права,

---

[1040] Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание. МОО Центр «Судебно-правовая реформа», 2002. С. 150.

[1041] Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание. Там само. С. 185

[1042] Сіроткіна М. В. Теорія та практика реалізації права на компроміс у кримінальному процесі України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2021. С. 7.

передбачивши можливість вирішення кримінально-правового конфлікту шляхом застосування до правопорушника, поряд з можливістю кримінального переслідування, і, також, правового компромісу.

Справедливо та слушно зазначив В.Т. Нор, що з прийняттям КПК України у 2012 р. законодавець суттєво змінив український кримінальний процес, впровадивши низку нових процесуальних норм і модернізувавши вже існуючі відповідно до міжнародних принципів здійснення кримінального провадження. Таким чином, було змінено саму парадигму кримінального процесу та запроваджено нові інститути кримінального провадження[1043].

16.11.2021 ВРУ приймає Закон «Про медіацію»[1044], який передбачає на законодавчому рівні позасудовий порядок реалізації процедури медіації як один із способів врегулювання конфлікту.

Відповідно, право на компроміс у кримінальному процесі України знаходить своє відображення у таких формах реалізації: 1) угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим; 2) угода про визнання винуватості між прокурором і підозрюваним чи обвинуваченим; 3) звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, 4) медіація[1045].

Отже, законодавець запровадив та продовжує впровадження у вітчизняне кримінальне судочинство норм, що дають змогу учасникам кримінального провадження на добровільній основі реалізувати своє право на компроміс при вирішенні наявного конфлікту шляхом взаємних поступок при досягненні компромісу, а саме: відшкодувати збитки і відновити порушені кримінальним правопорушенням права потерпілого; особі, яка винна у кримінальному правопорушенні, щиро розкаятися у скоєному, сприяти розкриттю кримінального правопорушення, досягти консенсусу з потерпілим чи органом держави щодо узгодженого покарання як у судовому провадженні, так і позасудовому порядку.

Запровадження на законодавчому рівні форм реалізації права на компроміс призвів також і до зміни кримінальної процесуальної форми,

---

[1043] Нор В. Т. Сучасний науково-практичний посібник «Процесуальні документи у кримінальному провадженні. Зразки. Роз'яснення». Вісник кримінального судочинства. 2015. № 1. С. 290–291.

[1044] Про медіацію : Закон України від 16.11.2021. № 1875-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20#Text

1044

[1045] Сіроткіна М. В. Юридична природа права на компроміс та його вплив на кримінально-процесуальну форму. *Вісник кримінального судочинства*. 2021. № 1–2. С. 54.

обумовивши появу у кримінальному процесі України нового його типу — прагматичного.

Цінностями, які «сповідує» прагматичний тип кримінального процесу, є заперечення першочерговості інших благ, крім корисності, з обов'язковим урахуванням прийнятності, користі та оптимальності у кримінальній процесуальній діяльності.

Умовно прагматичний тип кримінального процесу можна розділити на приватно-прагматичний та публічно-прагматичний види та простежити у нормах вітчизняного законодавства, що стосуються реалізації права на компроміс у кримінальному судочинстві України. Яскравим прикладом приватно-прагматичного виду процесу під час реалізації права на компроміс є застосування таких інститутів, як звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням, угода про примирення між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим) та медіація. До положень, що стосуються сфери дії публічно-прагматичного виду процесу, то сюди варто віднести угоду про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим[1046].

Якщо такі механізми реалізації права на компроміс як угоди про примирення та визнання винуватості, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим законодавцем передбачені та врегульовані у кримінальному процесуальному та кримінальному законодавстві, то багато запитань виникає щодо процедури медіації та її застосування при вирішенні кримінально-правового конфлікту, оскільки ні Закон «Про медіацію», ні положення Кримінального процесуального кодексу України її застосування у кримінальному провадженні в повній мірі процедурно не врегульовують.

Варто зазначити, що сам інститут медіації останнім часом є об'єктом підвищеної уваги з боку як науковців, так і держави, в особі уповноважених органів. Все частіше медіація та проблеми її застосування обговорюються у правових колах. Все більшої уваги набувають проблемні питання застосування та реалізації медіації як форми позасудового вирішення кримінально-правового конфлікту, аналіз набутого досвіду у застосуванні та результати вирішення конфліктів у такий спосіб.

Така підвищена увага до цього інституту не є випадковою, адже Україна, перебуваючи на шляху інтеграції до Європейського Союзу повинна адаптувати своє законодавство до європейського. На сайті Міністерства юстиції України представлено Дорожню карту за сферою

[1046] Сіроткіна М. В. Юридична природа права на компроміс та його вплив на кримінально-процесуальну форму. *Вісник кримінального судочинства.* 2021. № 1–2. С. 58–59.

«Верховенство права», що передбачено Переговорною рамкою для України, де, зокрема, у блоці «Судова система» одним із основних напрямків визначено питання альтернативного вирішення спорів.

РЄ використання медіації в кримінальних справах розуміє як гнучке, всеохоплююче доповнення, спрямоване на вирішення конфлікту, або як альтернативу традиційному судовому розгляду. У Рекомендації № R (99) 19 Комітету міністрів РЄ державам–членам Ради, які зацікавлені в організації медіації в кримінальних справах від 15.09.1999 наголошується, що медіація в кримінальних справах має бути доступним заходом; має бути допустимою на будь-якій стадії правосуддя. Медіація є незалежною та автономною в рамках кримінальної юстиції[1047].

Європейська рада на своєму засіданні в Тампере 15.10.1999 закликала держави–члени до запровадження альтернативних позасудових процедур, серед яких медіація є основним методом. Україна приєдналася до Конвенції ООН про міжнародні угоди про врегулювання спорів за результатами медіації. У своєму рішенні Рада ЄС від 15.03.2001 «Про місце жертв злочинів у кримінальному судочинстві» роз'яснила, що медіація в кримінальних справах — це процес пошуку до або під час кримінального процесу взаємоприйнятного рішення між потерпілим та правопорушником за посередництва компетентної особи — медіатора, та вказала, що кожна країна-учасниця повинна намагатися сприяти медіації в кримінальних справах для правопорушень, які вважатиме відповідними для такого заходу. Кожна країна-учасниця має гарантувати, що будь-яка угода між жертвою та правопорушником, досягнута під час такої медіації в кримінальних справах, може бути прийнята до уваги[1048].

До нормативного врегулювання медіації в Україні пройшов досить тривалий час і 16.11.2021 Закон «Про медіацію»[1049] було прийнято. Відповідно до положень статті 3 вищезгаданого Закону, його дія поширюється також на правопорушення у кримінальних провадженнях з метою примирення потерпілого з підозрюваним (обвинуваченим). Також цим Законом визначено правові засади, порядок проведення, принципи медіації, статус медіатора, вимоги щодо підготовки медіатора та ін.

[1047] Рекомендація № R (99) 19 (від 15.09.1999) Комітету міністрів Ради Європи державам–членам. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_828

1047

[1048] Council framework decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings. URL: https://ec.europa.eu/antitrafficking/sites/antitrafficking/files/framework_decision_2001_220_on_standing_of_victims_in_criminal_proceedings_en_1.pdf

[1049] Про медіацію : Закон України. Там само.

Переваги медіації для сторін конфлікту є очевидними та безумовними, оскільки:

1) господарями медіаційного процесу є самі сторони;

2) медіатор є посередником у процесі медіації та допомагає сторонам дійти згоди, має бути неупередженим та нейтральним стосовно сторін конфлікту. Саме на необхідності бути неупередженим, а також незалежним та нейтральним наголошується у Європейському кодексі поведінки медіаторів[1050]. Медіаторами не можуть бути ні судді, ні представники прокуратури та слідства;

3) під час врегулювання кримінально-правового конфлікту шляхом застосування медіації ніхто із сторін не засуджується і ніщо не нав'язується примусом, оскільки сторони мають самі добровільно дійти згоди з усіх питань, які в них виникли після вчинення кримінального правопорушення та знайти прийнятний для них спосіб вирішення, досягши компромісу та ін.

Отримавши Закон «Про медіацію», ми одержали ще один механізм позасудового врегулювання кримінально-правового конфлікту, однак, на превеликий жаль, законодавець не надав законодавчих важелів для його повноцінного впровадження та застосування, оскільки цей Закон «Про медіацію» рамковий. Після його прийняття виявлено багато правових прогалин у правозастосуванні процедури медіації у кримінальному провадженні, як однієї з форм реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні.

Відповідно до ч. 1 ст. 65 Закону «Про правотворчу діяльність» під правовою прогалиною розуміється повна або часткова відсутність норми права, що не забезпечує завершеність правового регулювання відповідних суспільних відносин.

За відсутності чіткого законодавчого врегулювання тих чи інших механізмів у кримінальному судочинстві своє вагоме слово повинна сказати судова практика. Саме аналіз судової практики щодо застосування медіації у кримінальному провадженні дозволить «на основі принципу верховенства права з функції правосуддя виокремити функцію виявлення прогалин у законодавстві та оперативно усунути їх шляхом добудови права»[1051].

1050

[1050] European Code of Conduct for Mediation Providers : Ad adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ, Strasbourg, 3–4 December 2018 // Council of Europe : сайт. URL: https://rm.coe.int/cepej-2018-24-en-mediation-development-toolkit-european-code-of-conduc/1680901dc6

[1051] Прилуцький С. В. Вступ до теорії судової влади (Суспільство. Правосуддя. Держава) : монографія. Київ : НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2012. С. 312.

Така правотворча активність суддів у даному випадку є виправданою.

Як справедливо зазначає Я.М. Романюк саме така активність при формуванні судової практики знаходить свій прояв при наявності прогалин у законодавстві і праві, відшуканні правової норми, яку слід застосовувати, та виявлення колізій або конкуренції між нормами, при певній дискреції у процесі інтерпретації законодавства[1052].

Розглядаючи вплив правотворчості на модернізацію кримінального процесу в частині реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні варто констатувати, що у вітчизняній правовій науці виник феномен судової правотворчості, дослідження якого не припиняються, а дискусії навколо нього не вщухають і до сьогодні.

Мені імпонує науково обґрунтована думка Миколи Івановича Козюбри, який зазначив, що судова правотворчість — це не аномалія, а іманентна властивість правосуддя, яка хоча і має свої межі, проте вилученою з діяльності суду бути не може, оскільки закладена в самій сутності правосуддя. Однією з основних причин, які зумовлюють необхідність судової правотворчості, є потреба в конкретизації норм законів та інших нормативних актів, прийнятих офіційними суб'єктами нормотворчості, або ж точніше — їх актуалізації, тобто пристосування до конкретних ситуацій, що є предметом розгляду суду, з урахуванням безлічі чинників, які впливають на ухвалення судового рішення. Без елементів правотворчості не може обійтися також процес судового тлумачення конституції, законів та інших нормативних актів, яке є такою ж невід'ємною властивістю правосуддя, як і правотворчість (по суті — її складовою)[1053].

Учений вказав, що «Між судовим тлумаченням і правотворчістю межі настільки тонкі і рухливі, що їх більш-менш повна регламентація законом неможлива. У кращому разі законом можуть бути зафіксовані лише загальні критерії — орієнтири, які суди брали б за основу під час визначення меж своєї інтерпретаційної і правотворчої діяльності. Основним же принципом такої діяльності має і надалі бути принцип самообмеження… Права людини — це і є той базовий критерій — орієнтир, який визначає межі судової правотворчості»[1054].

[1052] Романюк Я. Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя: постановка проблеми. *Право України.* 2016. № 10. С. 12.

[1053] Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. Право України. 2016. № 10. С. 41.

[1054] Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. Там само. С. 46.

Ганс Кельзен свого часу погоджуючись з тим, що суд бере участь у правотворенні, наголошував на тому, що «судове рішення є продовженням, а не початком створення права»[1055]. У інших працях суд також був і визначальним творцем права, і «вустами, що проголошують слова закону»[1056].

Можна багато сперечатися з приводу ролі суду в процесі правотворення, доцільності та існування судової правотворчості, розуміння того, що є судовою правотворчістю, однак беззаперечним є факт існування цього феномену (*мається на увазі судова правотворчість — С.Б. М.*).

Саме здійснюючи аналіз судової практики щодо застосування медіації у кримінальному провадженні при розгляді кримінальних справ, спробуємо або віднайти відповіді, або звернутися з науковими пропозиціями щодо удосконалення вітчизняного законодавства в частині реалізації інституту медіації до законотворців.

Аналізуючи судову практику не можна сказати про очікування суддями законодавчої визначеності у питанні впровадження медіації у кримінальне судочинство.

Зокрема, яскравим прикладом активних дій по впровадженню ідеї примирливих процедур у справи про злочини неповнолітніх є постанови Пленуму ВСУ від 16.04.2004 № 5 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх»[1057] та від 15.05.2006 № 2 «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру»[1058], у яких судам *рекомендовано залучати для проведення процедур примирення (медіації) відповідні громадські організації та осіб, які займаються примиренням потерпілих із неповнолітніми*.

Цікавою для аналізу судової практики застосування позасудового механізму врегулювання спору шляхом медіації, як однієї з форм реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні є кримінальна справа, під час розгляду якої законний представник неповнолітнього обвинуваченого — його батько звернувся до суду з клопотанням про відкладення її розгляду у зв'язку з намірами врегулювати з потерпілою

[1055] Кельзен Г. Чисте Правознавство : з дод. : Пробл. справедливості / пер. з нім. О. Макровольський. Київ, 2004. С. 281.

[1056] Монтескье Ш. О духе законов. М., 1964. С. 64.

[1057] Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 № 5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va005700-04

[1058] Про практику розгляду судами справ прозастосування примусових заходів виховного характеру : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 15.05.2006 № 2. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-06 (дата звернення : 13.09.2025).

цивільно-правові відносини. Апеляційний суд у своїй ухвалі від **28.08.2013** (*виділено мною — С.Б.М.*) з приводу цього зазначив наступне:

«…погоджуючись з визнанням законного інтересу *«жертви до можливих наслідків віктимізації, інтерес до діалогу з правопорушником* ***для отримання вибачень та певної компенсації за заподіяну шкоду****», на що акцентується увага у Рекомендації N R (99) 19 від 15.09.1999 Комітету міністрів РЄ щодо медіації у кримінальних справах, — суд вважає не тільки за можливе, а й за необхідне відкласти розгляд справи в межах розумних строків для надання можливості зацікавленим сторонам врегулювати цивільно-правові відносини, які сталися між ними у зв'язку із подією злочину*[1059]».

Проаналізувавши судову практику, у судових рішеннях якої міститься посилання на термін «медіація» та «врегулювання шляхом медіації» до 15.01.2025, варто вказати, що правові позиції щодо такого позасудового способу врегулювання кримінально-правового конфлікту присутні, хоча інколи й помилково відображають правову природу та сутність самої медіації.

Наприклад, в ухвалі суду від **25.05.2021** зазначено, що «*під час підготовчого засідання по справі обвинуваченою було заявлене клопотання про закриття кримінального провадження відповідно до ст. 46 КК, яке підтримане законним представником та захисником потерпілої, який при цьому вказав, що після вчинення вказаного кримінального проступку обвинувачена із потерпілою уклали угоду про примирення за результатами медіації, умови якої виконані у повному обсязі, шкода відшкодована, сторони примирились, що свідчить про те, що обвинувачена перестала бути суспільно небезпечною.*

У мотивувальній частині судового рішення зазначалося, що «*статтею 46 КК закріплено інститут медіації як альтернативний спосіб врегулювання кримінально-правових конфліктів, в основу якого покладено посередництво у примиренні сторін*[1060]».

[1059] Ухвала Апеляційного суду Запорізької області від 28.08.2013 у справі № 331/3084/13-к. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/33172540

[1060] Ухвала Золотоноського міськрайонного суду Черкаської області від 25.05.2021 у справі № 695/2795/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97164760

Аналогічна позиція:

https://reyestr.court.gov.ua/Review/106794510 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/103724368 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/103800426 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/107129517 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/104740449 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/99508371 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/101412795 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/93442223 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/73803725 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/122996256

1059

1060

У іншій справі, суд, обґрунтовуючи свою правову позицію, ствердно зазначив, що «*Включення ст. 46 до КК засвідчує шанобливе ставлення держави до інтересів потерпілого, виходить з недоцільності звернення до заходів кримінально-правової репресії у ситуаціях, коли відновлення соціальної справедливості можливе шляхом примирення винного у злочині із потерпілим. Стаття 46 є закріпленням відомого зарубіжному законодавству інституту медіації як альтернативного способу врегулювання кримінально-правових конфліктів, в основу якого покладено посередництво у примиренні сторін*[1061]».

Варто наголосити, що у ст. 46 КК законодавчо врегульовано звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, а медіація є одним із можливих шляхів примирення, однак законодавець про це не зазначив і до нині, а таке тлумачення ст. 46 КК судовою практикою, на мою думку, є хибним. Такі формулювання у судових рішеннях є непоодинокими, якщо не превалюючими, і простежуються, починаючи із 2018 року і до сьогодні.

Цікавим є посилання на «законодавче закріплення медіації» під час розгляду кримінальних проваджень у формі приватного обвинувачення протягом 2017 р.

Так, «*потерпіла в судовому засіданні відмовилась від обвинувачення та повідомила, що це рішення вона прийняла добровільно, без стороннього впливу, самостійно, та керується виключно позитивною поведінкою обвинуваченого. З аналогічним клопотанням звернулась і сторона захисту.*

Суд зазначив, що …*Заявлене клопотання про відмову від обвинувачення не звужує права потерпілої, які закріплені в законодавчому інституті медіації, як альтернативного способу врегулювання кримінально-правових конфліктів, оперативного отримання належної компенсації заподіяної йому шкоди*[1062]».

Судова практика вже після прийняття Закону «Про медіацію», посилаючись у судових рішеннях на медіацію, як на реальний шлях вирішення кримінально-правового конфлікту у справі, зазначає наступне:

1061 [1061] Ухвала Коростишівського районного суду Житомирської області від 23.02.2022 у справі № 935/2316/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/103572249

1062 [1062] Ухвала Жовтневого районного суду м. Харкова від 12.04.2017 у справі № 639/343/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/65935046

Аналогічна позиція: https://reyestr.court.gov.ua/Review/66142184 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/66539597 ; https://reyestr.court.gov.ua/Review/69715852

«… оскільки обвинувачений повністю визнав свою винуватість в скоєнні кримінального проступку, в скоєному щиро розкаявся, добровільно прийняв участь у Програмі відновлення для неповнолітніх, які є підозрюваними у вчиненні кримінального правопорушення, за взаємною згодою з потерпілим пройшли медіацію — позасудову процедуру врегулювання конфлікту шляхом переговорів, свою вину у вчиненому визнав повністю та щиро кається, внаслідок чого примирився з потерпілим, з яким дійшли згоди на звільнення неповнолітнього обвинуваченого від кримінальної відповідальності.

…в даному випадку, наявні всі підстави та умови для звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК, оскільки обвинувачений вперше вчинив кримінальний проступок, потерпілий будь-яких претензій матеріального або морального характеру до обвинуваченого не має, обвинувачений та потерпілий заявили в судовому засіданні та підтвердили, що вони примирилися та просять закрити кримінальне провадження.

Сумнівів в добровільності такої позиції в обвинуваченого та потерпілого у суду не має[1063]».

Аналізуючи вищезазначене судове рішення ми можемо прослідкувати виважену правову позицію щодо звільнення неповнолітньої особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примирення винного з потерпілим за допомогою механізму позасудової медіації. Ще важливим моментом у цьому судовому рішенні є акцентування суддею на аспекті ДОБРОВІЛЬНОСТІ (*виділено мною — С.-Б. М.*) у цій процедурі зі сторони як обвинуваченого, так і потерпілого, про що зазначено безпосередньо суддею у рішенні.

Значну роль у впровадженні у «життя» процедури медіації у кримінальному процесі відведено державою органам прокуратури та досудового розслідування, оскільки медіація є все ж позасудовою процедурою, а ці правоохоронні органи в контакті зі сторонами кримінально-правового конфлікту знаходяться з моменту його виникнення.

22.07.024 наказом № 2176/5/501/176 Міністерства юстиції України, Міністерства внутрішніх справ України, ОГП був затверджений Порядок реалізації пілотного проєкту «Програма відновного правосуддя за участю неповнолітніх, які є підозрюваними, обвинуваченими у вчиненні кримінального правопорушення» (далі — Програма). 1063[1]

[1063] Ухвала Компаніївського районного суду Кіровоградської області від 31.08.2023 у справі № 391/453/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/113220490 ; Ухвала Рокитнянського районного суду Київської області від 24.07.2024 у справі № 375/967/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/120588586 1063[2]

Відповідно до матеріалів інформаційно-аналітичного звіту щодо пілотного проекту стосовно застосування програми відновного правосуддя стосовно цієї категорії осіб, з початку дії Програми (9 вересня 2024 року) до 16 червня 2025 року, дізнавачі, слідчі, прокурори активно направляли згоди сторін кримінально-правового конфлікту на участь в Програмі, на відміну від представників адвокатури (захисники, законні представники), які за перші п'ять місяців не надіслали жодної, що вбачається досить дивним для сторони захисту.

Межі застосування медіації були досить широкими — від тяжких злочинів (ч. 4 ст. 185, ч. 4 ст. 186, ч. 2 ст. 286, ч. 2 ст. 289 КК) — 80 % до кримінальних проступків (ч. 1 ст. 125 КК України) — 5 %.

Протягом реалізації Програми укладено 71 угоду між учасниками медіації — потерпілим та неповнолітнім, який є підозрюваним чи обвинуваченим у вчиненні кримінального правопорушення, його законними представниками.

Предметом домовленостей щодо яких сторони кримінально-правового конфлікту дійшли згоди були:

1) згода сторін щодо примирення між собою; 2) визнання неповнолітнім завданої кримінальним правопорушенням шкоди та його вибачення перед потерпілим; 3) повне відшкодування шкоди неповнолітнім чи зобов'язання вжити заходів до такого відшкодування в певний строк; 4) жодних претензій щодо відшкодування шкоди потерпілим, прийняття вибачення; 5) зобов'язання неповнолітнім виконати рекомендовані заходи ресоціалізації та розвитку. У деяких випадках сторони узгодили, що частина зобов'язань (відшкодування шкоди та/або виконання заходів ресоціалізації) буде виконуватись неповнолітніми протягом певного часу, після підписання угоди.

Також за звітний період до центрів надійшло 32 вироки / ухвали у межах кримінальних проваджень щодо неповнолітніх, які брали участь у Програмі. За результатами аналізу рішень вбачається, що у 20 вироках/ухвалах судами була врахована участь неповнолітніх у Програмі при прийнятті рішення по неповнолітнім, у 12 випадків — рішення суду не містять інформації про участь неповнолітніх у Програмі[1064].

Варто звернути увагу на те, що держава у цій Програмі виокремила для застосування процедури медіації та участі у ній із усього масиву

1064

[1064] Інформаційно-аналітичний звіт з 09.09.2024 по 16.06.2025 «Хід реалізації та перші результати Програми відновного правосуддя за участю неповнолітніх, які є підозрюваними, обвинуваченими у вчиненні кримінального правопорушення». URL: https://legalaid.gov.ua/wp-content/uploads/2025/06/informaczijno-analitychnyj-zvit-vidnovne-pravosuddya-2025.pdf

підозрюваних чи обвинувачених у вчиненні кримінального правопорушення лише неповнолітніх, що лише на початковому етапі є виправданим. Однак, маю надію, що такий механізм реалізації права на компроміс як медіація у кримінальному провадженні буде розповсюджено на усіх підозрюваних чи обвинувачених, які зможуть скористатися цією процедурою, відповідно до меж її застосування.

Досліджуючи питання впливу правотворчості на модернізацію кримінального процесу в частині реалізації права на компроміс через медіацію варто ще раз наголосити на тому, що потреби суспільства змінюються надзвичайно швидко і такі виклики вимагають ще швидшого реагування як з боку законотворців, так і судової практики.

На мою думку, для більшої результативності запровадження та реалізації медіації у кримінальному провадженні необхідним є поєднання законодавчої та судової правотворчості, що дозволить досягти найвищої якості та ефективності унормування кримінального та кримінального процесуального законодавства.

Отже, проаналізувавши існуючу судову практику, пілотні проєкти державної Програми можемо зазначити про позитивні зрушення у впровадженні медіації у кримінальне провадження.

Проте, вищезазначені позитивні аспекти правозастосування цього інституту не дозволяють у повній мірі використовувати цей механізм у кримінальному провадженні, оскільки містять багато недоліків або взагалі відсутність унормування законодавцем врегулювання у кримінальному процесуальному та кримінальному законодавстві даної форми реалізації права на компроміс.

Серед них виділимо наступні:

1. І пілотні проєкти і судова практика спрямовані на реалізацію цього альтернативного способу вирішення кримінально-правового конфлікту щодо неповнолітніх підозрюваних/обвинувачених. Такий крок держави по відношенню до однієї з чутливих верств населення є виправданим та дозволить, на підставі напрацювань результатів пілотних проєктів та судової практики, у подальшому впровадити у кримінальне процесуальне законодавство особливості проведення медіації у провадженнях стосовно неповнолітніх підозрюваних/обвинувачених.

Однак, на мою думку, сфера дії медіації повинна розповсюджуватися на усіх підозрюваних чи обвинувачених у скоєнні кримінального правопорушення без обмежень по віку, проте обмеження повинні бути щодо меж реалізації процедури медіації. Для цього необхідно внести відповідні зміни щодо процедури медіації, правового статусу медіатора, меж

реалізації процедури медіації та ін. у вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство.

2. Варто звернути увагу на те, що медіація, як одна із форм реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні, не може повноцінно функціонувати без визначення меж її реалізації. Ні Закон «Про медіацію», ні норми КПК не містять перелік кримінальних правопорушень, при скоєнні яких можливо застосувати медіацію для вирішення кримінально-правового конфлікту. На мою думку, ми можемо виокремити ці межі із форм, що дозволяють реалізувати право на компроміс у кримінальному провадженні. Отже, ці межі передбачені законодавчо положеннями кримінального та кримінального процесуального законодавства України, що передбачають особливий порядок провадження у вигляді угоди про примирення (ч. 3 ст. 469 КПК), звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК) і у кримінальних провадженнях у формі приватного обвинувачення (ч. 1 ст. 477 КПК).

3. Реалізуючи право на компроміс у кримінальному провадженні через медіацію оновлення та доповнення потребує ч. 4 ст. 56 КПК, яка врегульовує права потерпілого.

У ч. 4 ст. 56 КПК законодавець зазначив, що «на всіх стадіях кримінального провадження потерпілий має право примиритися з підозрюваним, обвинуваченим і укласти угоду про примирення. У передбачених законом України про кримінальну відповідальність та цим Кодексом випадках примирення є підставою для закриття кримінального провадження».

На мою думку, варто доповнити цю частину після слів «має право примиритися з підозрюваним, обвинуваченим» словами, виділивши з обох боків комами «…, у тому числі шляхом медіації,…».

Таким чином, вищезазначену ч. 4 ст. 56 КПК запропоновано викласти у такій редакції

«4. На всіх стадіях кримінального провадження потерпілий має право примиритися з підозрюваним, обвинуваченим, у тому числі шляхом медіації, і укласти угоду про примирення. У передбачених законом України про кримінальну відповідальність та цим Кодексом випадках примирення є підставою для закриття кримінального провадження».

4. Поряд з цим, я вважаю, що слід віднести до учасників кримінального провадження також медіатора, доповнивши параграф п'ятий глави третьої КПК України окремою статтею 72-2 «Медіатор» у такій редакції:

«Медіатором є спеціально підготовлена нейтральна, незалежна, неупереджена фізична особа, яка залучається потерпілим та/або підозрю-

ваним/обвинуваченим для проведення медіації при їх примиренні у передбачених КПК випадках».

У наступних частинах доцільно вказати права, обов'язки та відповідальність медіатора.

5. Аналізуючи положення ст. 65 КПК, можна говорити про припущення стосовно презумпції заборони допиту, як свідка, медіатора стосовно обставин, які стали йому відомі у зв'язку з участю в укладенні та виконанні угоди про примирення (п. 8 ч. 2 ст. 65 КПК).

Частина 5 ст. 6 Закону «Про медіацію» передбачає, що «Медіатор не може бути допитаний як свідок у справі (провадженні) щодо інформації, яка стала йому відома під час підготовки до медіації та проведення медіації».

На мою думку, процедура медіації є дещо ширшим явищем при врегулюванні правових конфліктів, ніж звичайне посередництво. Діяльність медіатора врегульовується Законом «Про медіацію», він наділений правами та обов'язками, може і повинен володіти конфіденційною інформацією (ст. 6 Закону «Про медіацію»), яку не обов'язково може отримати посередник.

Тому, варто презумпцію заборони допиту медіатора про обставини, що стали йому відомі, прямо передбачити у положеннях кримінального процесуального законодавства, доповнивши ч. 2 ст. 65 КПК пунктом 8^1, де вказати про неможливість бути допитаним у якості свідка медіатора про відомості, що стали йому відомі та/або одержані ним під час підготовки та проведення медіації.

Пропонуємо пункт 8^1 ч. 2 ст. 65 КПК викласти у такій редакції:

«8^1) Медіатор про відомості, що стали йому відомі та/або отримані ним під час підготовки до медіації та проведення медіації».

6. Опосередковано можна вказати на передбачену законодавцем можливість участі медіатора при досягненні домовленостей при укладанні угоди про примирення у діючому КПК України через застосування ст. 469 КПК України. На мою думку, варто прямо зазначити медіатора як особу, яка погоджена сторонами кримінального провадження при досягненні домовленостей, при укладенні угоди про примирення і внести відповідні зміни до положень ч. 1 ст. 469 КПК.

Тому пропоную внести зміни до ч. 1 ст. 469 КПК після слів «…. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником *або за допомогою» доповнивши словом з комою «медіатора,».*

Запропонована ч. 1 ст. 469 КПК буде у такій редакції «*1. Угода про примирення може бути укладена за ініціативою потерпілого,*

підозрюваного або обвинуваченого. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою медіатора, іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді)».

7. Для популяризації медіації варто проводити роз'яснювальну роботу серед населення, вказуючи переваги такого позасудового способу вирішення кримінально-правового конфлікту як медіація та позитивні наслідки її проведення для сторін, демонструючи зацікавленість держави у цьому.

8. Поряд з популяризацією процедури медіації серед населення, на мою думку, важливим є забезпечення судом (суддями) інформування сторін кримінально-правового конфлікту про можливість примиритися через медіацію.

9. Законодавцем передбачено у ч. 7 ст. 469 КПК обов'язок слідчого, прокурора проінформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення, хоча й без зазначення про можливість примиритися шляхом застосування процедури медіації.

Тому, на мою думку, варто внести зміни до вищезгаданого положення статті 469 КПК України, доповнивши її після слів «…роз'яснити механізм його реалізації» словами, які виділені з обох боків комами «.., у тому числі шляхом медіації, …)».

Пропонуємо наступну редакцію частини 7 статті 469 КПК:

«Слідчий, прокурор зобов'язані проінформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації, у тому числі шляхом медіації*, та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення».*

10. Оскільки право на примирення (укладення угоди про примирення) може ініціюватися потерпілим, підозрюваним або обвинуваченим в будь-який момент після повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку (ч. 5 ст. 469 КПК), то сторони кримінально-правового конфлікту можуть скористатися процедурою медіації з цією метою на будь-якій стадії процесу до виходу суду до нарадчої кімнати.

Під час розгляду справ про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим та у кримінальних провадженнях у формі приватного обвинувачення сторони також можуть реалізувати своє право на примирення через медіацію (ч. 4 ст. 56 КПК).

У такому разі *суддям варто рекомендувати на підставі клопотання сторони/сторін відкласти розгляд справи в межах* ***розумних строків*** *для надання зацікавленим у примиренні сторонам можливості врегулювати за допомогою процедури медіації правовідносини, які сталися між ними у зв'язку із вчиненням кримінального правопорушення.* Подібна судова практика є поширеною при розгляді справ із застосуванням процедури медіації у цивільному, господарському, адміністративному процесі.

11. Варто звернути увагу суддів на необхідності у судових рішення зазначати про процедуру медіації (у разі її застосування), завдяки якій сторони кримінально-правового конфлікту досягли згоди у примиренні та чи було їх волевиявлення добровільним! Зазначена інформація надасть можливість відслідкувати та дозволить проаналізувати ефективність та результативність медіації, що й буде індикатором її успішної реалізації.

ВИСНОВКИ:

1. Однією із рушійних сил модернізації вітчизняного кримінального процесуального законодавства є правотворча діяльність, яка вплинула на виникнення та реалізацію права на компроміс у кримінальному провадженні, здійснивши «апгрейд» не тільки права, але й самої кримінальної процесуальної форми під впливом нових суспільних тенденцій, вимог, ідей та вчень щодо зміни орієнтирів стосовно реакції держави на певні види кримінальних правопорушень, її відношення до сторін кримінально-правового конфлікту, запроваджуючи у законодавство можливість застосування сторонами конфлікту, який виник у результаті скоєння кримінального правопорушення, розумного компромісу при його вирішенні.

2. Результатом правотворчої діяльності законодавця по втіленню альтернатив вирішення кримінально-правового конфлікту та впровадженню ідей гуманізму щодо обох сторін конфлікту (як потерпілої особи, так і підозрюваного чи обвинуваченого) є закріплені на законодавчому рівні форми реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні: 1) угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим; 2) угода про визнання винуватості між прокурором і підозрюваним чи обвинуваченим; 3) звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, 4) медіація.

3. Проаналізувавши форми реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні, можемо сформулювати визначення, що є правом на компроміс.

Отже, під правом на компроміс слід розуміти право сторін кримінально-правового конфлікту на отримання цінностей, благ поновлю-

ючого характеру, якому кореспондує обов'язок винуватої у скоєнні кримінального правопорушення особи вчинити відновну дію як для потерпілої особи, так і для суспільства, з метою відновлення порушеного кримінально караним діянням суспільного спокою, безпеки та правового порядку.

4. Закріплення у законодавстві форм реалізації права на компроміс призвело також і до зміни кримінальної процесуальної форми, обумовивши появу у кримінальному процесі України нового його типу — прагматичного.

Цінностями, які «сповідує» прагматичний тип кримінального процесу, є заперечення першочерговості інших благ, крім корисності, з обов'язковим урахуванням прийнятності, користі та оптимальності у кримінальній процесуальній діяльності.

5. Умовно прагматичний тип кримінального процесу можна розділити на приватно-прагматичний та публічно-прагматичний види та простежити у нормах вітчизняного законодавства, що стосуються реалізації права на компроміс у кримінальному судочинстві України. До приватно-прагматичного виду процесу під час реалізації права на компроміс відноситься звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, угода про примирення між потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, та медіація. До положень, що стосуються сфери дії публічно-прагматичного виду процесу, то сюди варто віднести угоду про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим.

6. Після прийняття Закону «Про медіацію» (16.11. 2021) виявлено багато правових прогалин під час правозастосування процедури медіації у кримінальному провадженні, що демонструє також відсутність унормування медіації у кримінальному процесі. Ні Закон «Про медіацію», який є рамковим, ні положення Кримінального процесуального кодексу України її застосування у кримінальному провадженні в повній мірі процедурно не врегульовують.

7. Розглядаючи вплив правотворчості на модернізацію кримінального процесу в частині реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні варто констатувати, що у вітчизняній правовій науці виник феномен судової правотворчості, який сприяє правотворчій діяльності, «добудовуючи» право.

8. Проаналізувавши судову практику, у судових рішеннях якої міститься посилання на термін «медіація» та «врегулювання шляхом медіації» до 15.01. 2025, варто вказати, що правові позиції щодо такого позасудового способу врегулювання кримінально-правового конфлікту помилково відображають правову природу та сутність самої медіації. Зокрема у

рішеннях зазначається про те, що ст. 46 КК закріплено інститут медіації як альтернативний спосіб врегулювання кримінально-правових конфліктів, в основу якого покладено посередництво у примиренні сторін.

Варто наголосити, що у ст. 46 КК законодавчо врегульовано звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, а медіація є одним із можливих шляхів примирення, однак законодавець про це не зазначив і до нині, а таке тлумачення ст. 46 КК України судовою практикою, на мою думку, є хибним.

9. Для більшої результативності запровадження та реалізації медіації у кримінальному провадженні необхідним є поєднання законодавчої та судової правотворчості, що дозволить досягти найвищої якості та ефективності унормування кримінального та кримінального процесуального законодавства.

10. Проаналізувавши існуючу судову практику, пілотні проєкти державної Програми можемо зазначити про деякі позитивні зрушення у впровадженні медіації у кримінальне провадження, які, на жаль, не дозволяють у повній мірі використовувати цей механізм у кримінальному процесі, оскільки містять багато недоліків або взагалі відсутність унормування законодавцем врегулювання у кримінальному процесуальному та кримінальному законодавстві даної форми реалізації права на компроміс.

Серед них зазначу наступні:

10.1. І пілотні проєкти і судова практика спрямовані на реалізацію цього альтернативного способу вирішення кримінально-правового конфлікту щодо неповнолітніх підозрюваних/обвинувачених. Такий крок держави по відношенню до однієї з чутливих верств населення є виправданим та дозволить, на підставі напрацювань результатів пілотних проєктів та судової практики, у подальшому впровадити у кримінальне процесуальне законодавство особливості проведення медіації у провадженнях стосовно неповнолітніх підозрюваних/обвинувачених.

Однак, на мою думку, сфера дії медіації повинна розповсюджуватися на усіх підозрюваних чи обвинувачених у скоєнні кримінального правопорушення без обмежень по віку, проте обмеження повинні бути щодо меж реалізації процедури медіації. Для цього необхідно внести відповідні зміни щодо процедури медіації, правового статусу медіатора, меж реалізації процедури медіації та ін. у вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство.

10.2. Варто звернути увагу на те, що медіація, як одна із форм реалізації права на компроміс у кримінальному провадженні, не може повноцінно функціонувати без визначення меж її реалізації. На мою думку, ми можемо виокремити ці межі із механізмів, що дозволяють

реалізувати право на компроміс у кримінальному провадженні. Отже, ці межі передбачені законодавчо положеннями кримінального та кримінального процесуального законодавства України, що передбачають особливий порядок провадження у вигляді угоди про примирення (ч. 3 ст. 469 КПК), звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК) і у кримінальних провадженнях у формі приватного обвинувачення (ч. 1 ст. 477 КПК).

10.3. Реалізуючи право на компроміс у кримінальному провадженні через медіацію оновлення та доповнення потребує ч. 4 ст. 56 КПК, яка врегульовує права потерпілого.

У ч. 4 ст. 56 КПК законодавець зазначив, що «на всіх стадіях кримінального провадження потерпілий має право примиритися з підозрюваним, обвинуваченим і укласти угоду про примирення. У передбачених законом України про кримінальну відповідальність та цим Кодексом випадках примирення є підставою для закриття кримінального провадження».

На мою думку, варто доповнити цю частину після слів «має право примиритися з підозрюваним, обвинуваченим» словами, виділивши з обох боків комами «…, у тому числі шляхом медіації,…».

Таким чином, вищезазначену ч. 4 ст. 56 КПК запропоновано викласти у такій редакції

«*4. На всіх стадіях кримінального провадження потерпілий має право примиритися з підозрюваним, обвинуваченим, у тому числі шляхом медіації, і укласти угоду про примирення. У передбачених законом України про кримінальну відповідальність та цим Кодексом випадках примирення є підставою для закриття кримінального провадження*».

10.4. Варто віднести до учасників кримінального провадження також медіатора, доповнивши параграф п'ятий глави третьої КПК окремою статтею 72^2 «Медіатор» у такій редакції:

«Медіатором є спеціально підготовлена нейтральна, незалежна, неупереджена фізична особа, яка залучається потерпілим та/або підозрюваним/обвинуваченим для проведення медіації при їх примиренні у передбачених КПК випадках».

У наступних частинах доцільно вказати права, обов'язки та відповідальність медіатора.

10.5. Аналізуючи положення ст. 65 КПК, можна говорити про припущення стосовно презумпції заборони допиту, як свідка, медіатора стосовно обставин, які стали йому відомі у зв'язку з участю в укладенні та виконанні угоди про примирення (п. 8 ч. 2 ст. 65 КПК).

Частина 5 ст. 6 Закону «Про медіацію» передбачає, що «Медіатор не може бути допитаний як свідок у справі (провадженні) щодо

інформації, яка стала йому відома під час підготовки до медіації та проведення медіації».

На мою думку, процедура медіації є дещо ширшим явищем при врегулюванні правових конфліктів, ніж звичайне посередництво. Діяльність медіатора врегульовується Законом «Про медіацію», він наділений правами та обов'язками, може і повинен володіти конфіденційною інформацією (ст. 6 Закону «Про медіацію»), яку не обов'язково може отримати посередник.

Тому, варто презумпцію заборони допиту медіатора про обставини, що стали йому відомі, прямо передбачити у положеннях кримінального процесуального законодавства, доповнивши ч. 2 ст. 65 КПК пунктом 8^1, де вказати про неможливість бути допитаним у якості свідка медіатора про відомості, що стали йому відомі та/або одержані ним під час підготовки та проведення медіації.

Пропоную пункт 8^1 ч. 2 ст. 65 КПК викласти у такій редакції:

«8^1) Медіатор про відомості, що стали йому відомі та/або отримані ним під час підготовки до медіації та проведення медіації».

10.6. Опосередковано можна вказати на передбачену законодавцем можливість участі медіатора при досягненні домовленостей при укладанні угоди про примирення у діючому КПК України через застосування ст. 469 КПК. На мою думку, варто прямо зазначити медіатора як особу, яка погоджена сторонами кримінального провадження при досягненні домовленостей, при укладенні угоди про примирення і внести відповідні зміни до положень ч. 1 ст. 469 КПК.

Тому запропоновано внести зміни до ч. 1 ст. 469 КПК після слів «…. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником *або за допомогою» доповнивши словом з комою «медіатора,».*

Запропонована ч. 1 ст. 469 КПК буде у такій редакції:

«1. Угода про примирення може бути укладена за ініціативою потерпілого, підозрюваного або обвинуваченого. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою медіатора, іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді)».

10.7. Для популяризації медіації варто проводити роз'яснювальну роботу серед населення, вказуючи переваги такого позасудового способу вирішення кримінально-правового конфлікту як медіація та позитивні наслідки її проведення для сторін, демонструючи зацікавленість

держави у цьому. Важливим також є забезпечення судом (суддями) інформування сторін кримінально-правового конфлікту про можливість примиритися через медіацію.

10.8. Законодавцем передбачено у ч. 7 ст. 469 КПК обов'язок слідчого, прокурора проінформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення, хоча й без зазначення про можливість примиритися шляхом застосування процедури медіації.

Тому, на мою думку, варто внести зміни до вищезгаданого положення статті 469 КПК України, доповнивши її після слів «…роз'яснити механізм його реалізації» словами, які виділені з обох боків комами «.., у тому числі шляхом медіації, …)».

Запропоновано наступну редакцію частини 7 статті 469 КПК:

«Слідчий, прокурор зобов'язані проінформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації, у тому числі шляхом медіації*, та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення».*

10.9. Оскільки право на примирення (укладення угоди про примирення) може ініціюватися потерпілим, підозрюваним або обвинуваченим в будь-який момент після повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку (ч. 5 ст. 469 КПК), то сторони кримінально-правового конфлікту можуть скористатися процедурою медіації з цією метою на будь-якій стадії процесу до виходу суду до нарадчої кімнати.

Під час розгляду справ про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим та у кримінальних провадженнях у формі приватного обвинувачення сторони також можуть реалізувати своє право на примирення через медіацію (ч. 4 ст. 56 КПК).

У такому разі *суддям варто рекомендувати на підставі клопотання сторони/сторін відкласти розгляд справи в межах* ***розумних строків*** *для надання зацікавленим у примиренні сторонам можливості врегулювати за допомогою процедури медіації правовідносини, які сталися між ними у зв'язку із вчиненням кримінального правопорушення.*

10.10. Варто звернути увагу суддів на необхідності у судових рішення зазначати про процедуру медіації (у разі її застосування), завдяки якій сторони кримінально-правового конфлікту досягли згоди у примиренні та чи було їх волевиявлення добровільним! Зазначене надасть можливість відслідкувати та дозволить проаналізувати ефективність та результативність медіації, що й буде індикатором її успішної реалізації.

Розділ 6. СПРОЩЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ В РЕАЛІЯХ СЬОГОДЕННЯ: ВІД ІДЕЇ ДО СУЧАСНИХ ВИКЛИКІВ ТА АДАПТАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА

Ганна ЦИМБАЛ (ВЛАСОВА),
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри права факультету права та міжнародних відносин
Київського столичного університету імені Бориса Грінченка,
заслужений діяч науки і техніки України

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5616-3904

Анотація. У розділі монографії здійснено комплексний аналіз концепції спрощення кримінального процесу України, яка розглядається як один із ключових напрямів оптимізації сучасного судочинства. Авторка наголошує на тому, що ідея спрощення кримінального провадження, започаткована ще у вітчизняній доктрині 2007 р., пройшла шлях від абстрактної теоретичної конструкції до конкретної нормативної регламентації у Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 р., а згодом — у подальших законодавчих змінах 2018–2024 років. Виділено як позитивні аспекти (процесуальна економія, зменшення навантаження на суди, прискорення розгляду проступків, розвиток альтернативних форм правосуддя), так і ключові проблеми, серед яких: ерозія процесуальних гарантій, ризики примусовості угод про визнання винуватості, корупційні загрози та нерівний доступ вразливих груп до спрощених форм судочинства. Особлива увага приділена новітнім викликам, що постали в умовах воєнного стану, зокрема: масове застосування дистанційних технологій, проблеми цифрового фіксування доказів, зростання кількості кіберзлочинів та ускладнений доступ до правосуддя у прифронтових регіонах.

З огляду на міжнародні стандарти, зокрема практику ЄСПЛ, обґрунтовується необхідність балансування між швидкістю та справедливістю правосуддя. У цьому контексті концепція спрощення кримінального процесу трактується не як самоціль, а як інструмент для підвищення ефективності системи кримінальної юстиції за умови безумовного

дотримання фундаментальних прав людини. Запропоновано шляхи модернізації: цифровізація (електронні платформи для спрощених проваджень), інституціоналізація медіації, уніфікація процедур апеляційного контролю угод, обов'язкова відеофіксація процесуальних дій та посилення ролі захисника.

У висновках підкреслюється, що без комплексного реформування інститут спрощеного кримінального провадження ризикує залишитися декларативним. Тільки інтеграція сучасних технологій, врахування практики ЄСПЛ та закріплення дієвих процесуальних запобіжників здатні перетворити спрощення кримінального процесу на реальний механізм забезпечення доступного, справедливого та ефективного правосуддя.

Ключові слова: спрощене кримінальне провадження; кримінальний процес; угода про визнання винуватості; кримінальний проступок; процесуальна економія; відновне правосуддя; цифровізація судочинства; воєнний стан; гарантії прав людини.

Hanna TSYMBAL (VLASOVA),

SIMPLIFICATION OF THE CRIMINAL PROCESS IN UKRAINE IN TODAY'S REALITIES: FROM THE IDEA TO CURRENT CHALLENGES AND ADAPTATION OF LEGISLATION

Abstract. This section of the monograph provides a comprehensive analysis of the concept of simplifying criminal proceedings in Ukraine, which is considered one of the key areas for optimising the modern judicial system. The author emphasises that the idea of simplifying criminal proceedings, which originated in domestic doctrine in 2007, has gone from being an abstract theoretical construct to specific regulatory provisions in the 2012 Criminal Procedure Code of Ukraine and subsequently in further legislative changes in 2018–2024. Both positive aspects (procedural economy, reduction of the burden on courts, acceleration of the consideration of offences, development of alternative forms of justice) and key problems including: erosion of procedural guarantees, risks of coercion in plea agreements, corruption threats, and unequal access of vulnerable groups to simplified forms of justice. Particular attention is paid to the latest challenges that have arisen in the context of martial law, in particular: the widespread use of remote technologies, problems with digital evidence recording, the increase in cybercrime and difficult access to justice in frontline regions.

Taking into account international standards, in particular the practice of the ECHR, there is a need to balance speed and fairness in the administration of justice. In this context, the concept of simplifying criminal proceedings is interpreted not as an end in itself, but as a tool for improving the efficiency of the criminal justice system, subject to unconditional respect for fundamental human rights. Ways of modernisation are proposed: digitalisation (electronic platforms for simplified proceedings), institutionalisation of mediation, unification of procedures for appeal control of agreements, mandatory video recording of procedural actions and strengthening the role of the defence lawyer.

The conclusions emphasise that without comprehensive reform, the institution of simplified criminal proceedings risks remaining declarative. Only the integration of modern technologies, consideration of ECHR practice and the establishment of effective procedural safeguards can transform the simplification of criminal proceedings into a real mechanism for ensuring accessible, fair and effective justice.

Key words: simplified criminal proceedings; criminal proceedings; plea bargain; criminal offence; procedural economy; restorative justice; digitisation of judicial proceedings; martial law; human rights guarantees.

Маю нагоду та честь звернутися до науковців та читачів з аналізом теми спрощення кримінального процесу в Україні. Я є автором цієї концепції ще з 2007 р. (звичайно вона змінювалася із викликалими та змінами законодавства). Основна ідея цієї інституції грунтувался з метою оптимізації судочинства, економії ресурсів та прискорення розгляду справ, і мені здавалося пройшла шлях від теоретичних ідей до практичної реалізації. Однак, як і будь-яка реформа, та й показує час і вона не позбавлена суперечностей та недоліків. У своєму викладі я спиратимуся на норми КПК 2012 р., подальші законодавчі зміни, а також на свою монографію[1065], яка є одним з ґрунтовних досліджень цієї проблеми та власних досвід практичної діяльності в адвокатурі. Мій аналіз буде доволі критичним, з акцентом на концептуальні засади, практичні вади та пропозиції щодо удосконалення.

Концепція спрощення кримінального процесу в Україні, описана в моїй монографії[1066], базується на диференціації судочинства для менш

[1065] Власова Г. П. Спрощення кримінального судочинства України: історія, теорія, практика. Ірпінь : Вид-во Нац. ун-ту ДПС України, 2014. 422 с.

[1066] Власова Г. П. Спрощення кримінального судочинства України: історія, теорія, практика. *Там само.* С. 144–188

тяжких правопорушень з метою економії ресурсів та прискорення розгляду справ. З прийняттям КПК 2012 р. (ст. 349, ч. 3, глава 35) та Закону № 2617-VIII від 2018 року про кримінальні проступки (ст. 382 КПК) спрощення мало б стати інструментом розвантаження судів. Проте нові виклики, такі як зростання кіберзлочинів (понад 15 % від загальної кількості проваджень у 2024 р.), воєнний стан та обмежена доступність судів у прифронтових зонах, вимагають адаптації.

Ідея спрощення кримінального процесу в Україні корениться в європейських традиціях диференціації форм судочинства, де для менш тяжких правопорушень передбачено скорочені процедури. У монографії я занначала, що історично спрощення еволюціонувало від заочного провадження в радянському праві до сучасних форм, натхненних англо-саксонськими та континентальними моделями[1067]. В Україні ця ідея частково набула форми з прийняттям КПК 2012 року, де вперше зявилися норми про спрощене провадження (ст. 349, ч. 3), угоди про визнання вини (глава 35), ідя спрощення через заочне провадження, проступки, медіацію в кримінальному процесі та інші механізми, спрямовані на скорочення строків розгляду.

Реалізація посилилася Законом № 2617-VIII від 22.11.2018 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», який ввів поняття «кримінального проступку» та спрощене провадження для них (ст. 382 КПК). Це дозволило розглядати обвинувальний акт без судового засідання, якщо обвинувачений визнає вину, а потерпілий не заперечує, з метою економії часу та ресурсів. Подальші зміни, зокрема в умовах воєнного стану (Проєкт Закону № 2350-IX від 2022 р.), удосконалили процедури для оперативності. Таким чином, від ідеї реформи в 2012 р. до реалізації в 2018–2024 рр. спрощення стало інструментом адаптації системи до навантаження, де щорічно реєструється понад 500 тис. кримінальних проваджень.

Що мало би бути у загальній Концепція спрощення кримінального судочинства? Концептуально спрощення кримінального процесу повинно базується на принципах диференціації та пропорційності: для нетяжких злочинів (проступків) — спрощена форма, для тяжких — повна процедура. Це має забезпечувати баланс між ефективністю та захистом прав: скорочення строків розслідування (до 72 годин для дізнання), обмеження доказування (без дослідження доказів, якщо немає

[1067] Власова Г. П. Спрощення кримінального судочинства України: історія, теорія, практика. *Там само.* С. 144–188

заперечень), та економію (відсутність повного судового розгляду). В ідеалі це мало б бути: швидке, неупереджене провадження, де обвинувачений отримує мякше покарання за визнання вини, потерпілий — швидке відновлення прав, а держава — розвантаження судів та надходження коштів у бюджет. Наприклад, у ст. 382 КПК вирок ухвалюється на основі матеріалів досудового розслідування без виклику сторін, якщо всі згодні. Це мало б сприяти гуманізації процесу, як у європейських країнах (Франція, Німеччина), де аналогічні процедури скорочують строки на 50–70 %.

Як було зазаначено раніше так і в даний період потреба спрощення кримінального судочинства України зберігається. У зв'язку з цим в більшості країн активно застосовуються заходи щодо прискорення і скорочення кримінального судочинства, тобто целерантних (швидко, стрімко — лат.) кримінальних судочинств. Спрощення полягає в скороченні (або повній ліквідації) формального досудового провадження і перенесення центру тяжкості на судовий розгляд, або в усуненні судового розгляду.

Одна з важливих проблем кримінального процесу пов'язана з необхідністю оптимізації чинної кримінальної процесуальної форми, яка дасть змогу раціонально й економно використовувати ресурси виділені для здійснення правосуддя, скоротити строки розгляду кримінальних проваджень, суттєво підвищити дію покарання, зняти надмірне навантаження із слідчого та суддівського корпусу щодо розслідування та розгляду кримінальних проваджень. Проблема спрощення кримінального судочинства не є новою. Ці питання не втрачають своєї актуальності й привертають увагу науковців із різних галузей права. На сьогодні з цього питання в кримінальному процесі існує низка досліджень. Зокрема, цій проблематиці присвячували свої праці Ю. П. Аленін, П. О. Балов, І. В. Басиста, Ю. В. Баулін, Г. П. Власова, В. І. Галаган, І. В. Гловюк, О. Г. Добровольська, О. В.Капліна, І. О. Кісліцина, С. А. Крушинський, Є. О. Курта, О. О. Леляк, В. В. Луцик, Я. П. Любченко, В. Т. Маляренко, Ж. В. Мандриченко, В. В. Назаров, В. Т. Нор, М. А. Погорецький, І. А. Тітко, О. О. Торбас, А. С. Трекке, Л. Д. Удалова, П. В. Холодило, О. Г. Шило, О. Г. Яновська та інші.

Спрощене кримінальне судочинство являє собою законодавчо встановлену процедуру розгляду кримінальних справ, якій притаманні скорочені строки і відсутність окремих стадій, а також скасування деяких процесуальних інститутів і норм з метою забезпечення оптимальних шляхів досягнення завдань кримінального процесу. В основі спрощеного кримінального судочинства лежить застосування таких

форм судочинства, які б комплексно та адекватно враховували тяжкість злочину, а також правові наслідки, які можуть настати в результаті такого розгляду.

З позиції теорії кримінального процесу наявність спрощених форм кримінального процесу може бути допустимим, а потре в них чітко продиктована об'єктивними передумовами. Прагнення до спрощення форм кримінального провадження знайшло своє відображення в завданнях, які чітко визначені судовою реформою, де зазначається, що в числі ключових рішень судової реформи пропонується диференціація форм кримінального судочинства.

Потреба в докорінних змінах у сфері кримінального процесу, зокрема, в напрацюванні нової концепції національного кримінально-процесуального судочинства, назріла давно. Не є таємницею, що у всіх випадках вчинення злочинів громадяни звертаються до суду за захистом своїх прав і це пов'язано не тільки з характером тих посягань, яким вони були підтверджені. Основна причина полягає і в тому, що суди перевантажені, доступ громадянам до них обмежений, а розгляд справ, які знаходяться у провадженні судів, затягуються на роки. Крім того, неоправданою є складна судова процедура по ряду кримінальних справ як би провокує громадянина на відмову наданих йому Конституцією права на захист, у зв'язку з цим значна кількість злочинів залишається не у сфері судової діяльності. А це, з однієї сторони, потерпілому не відшкодовано завданої шкоди, а особа, яка вчинила злочин, залишилась безкарною, що, в свою чергу, не зупиняє її вчиняти наступні протиправні дії. Необхідно зазначити, що право на судовий захист має як потерпілий, так і протилежна сторона — особа, яка обвинувачується в скоєнні злочину. Це право йому гарантує стаття 55 Конституції України, в якій закріплено положення про те, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових та службових осіб[1068].

Говорячи про ще одну важливу причину, необхідно виходити з того, що держава повинна витрачати матеріальні ресурси розумно, економно, не відпускаючи ні на однин крок більше того, що дійсно необхідно. Відповідно, витрати держави на здійснення правосуддя повинні обмежуватися межами, в рамках яких і повинна здійснюватися відповідна діяльність. Ні для кого не таємниця, що ресурси нашої держави на різні види діяльності, чи то наука, культура, діяльність правоохоронних чи судових органів, невеликі і обмежені, у зв'язку з чим виникає

[1068] Конституція України : 28.06.1996. Київ : Юрінком, 1996. 80 с.

необхідність в їх економії і більш раціональному використанні. При цьому економія і раціональне використання матеріальних ресурсів буде позитивно відображатися не тільки на тій сфері, на тій галузі куди вони направляються, але і на інших галузях і видах діяльності, оскільки при економії «зайві» гроші будуть розподілятися між тими галузями, які в них конче потребують. Проблема «зайвих» грошей в такій сфері, як судова діяльність, дуже тісно пов'язана зі складністю провадження по кримінальній справі, а тому слід прагнути до того, щоб кримінально-процесуальна форма наділялась лише необхідною кількістю формальностей і не містила би умов, які б обтяжували державу. Встановлення єдиної процедури для всіх без виключень вирішення кримінальних справ призводить до порушення останньої вимоги і нераціонального витрачання сил і засобів.

На нашу думку, в понятті спрощеного кримінального провадження повинна бути наявність наступних складових, як: 1) об'єктивна необхідність спрощення кримінального судочинства; 2) вказівка про необхідність за допомогою спрощеної форми захистити конституційні права громадян; 3) економічність та ефективність спрощеного судового провадження; 4) самостійність кримінально-процесуальної форми; 5) суттєва зміна кримінально-процесуальної форми в порівняні з загальним порядком розгляду кримінальних справ; 6) обов'язкове дотримання при розгляді кримінальних справ по спрощеній процедурі принципів діючого.[1069]

Аналізуючи перелік підстав, можна зробити висновок, що спрощення можливо лише у провадженнях, які не несуть великої суспільної небезпеки і не викликають складність у встановленні фактичних обставин справи та в наш час зазнала суттєвих змін.

На думку окремих авторів окреслені вище проблемні питання можуть бути вирішені одним з шляхів, або шляхом визнання недоцільності такої диференціації форми кримінального процесу та виключення з КПК норм, які закріплюють можливість застосування спрощеного судового розгляду кримінальних проваджень, або шляхом приведення цих норм у відповідність до положень Конституції України та інших норм КПК[1070].

[1069] Власова Г. П. Спрощення кримінального судочинства України: історія, теорія, практика. *Там само.*

[1070] Загурський О. Б. Спрощений порядок судового розгляду кримінальних справ: сучасний стан та шляхи удосконалення. Міжнародні науково-практичні інтернет-конференції за різними юридичними напрямками (07.02.2010). URL: www.lex-line.com.ua

1070

М. В. Джига та С. М. Стахівський вважають, що застосування спрощеного порядку провадження у кримінальних провадженнях буде доцільним у практичному плані, якщо це: сприятиме зміцненню законності в державі; скорочуватиме час з моменту вчинення злочину до застосування покарання до винного; повністю забезпечуватиме реалізацію прав і обов'язків особам, що беруть в ньому участь; не порушуватиме єдності порядку кримінального судочинства; буде спрямоване на вирішення завдань, що стоять перед органами, які ведуть боротьбу зі злочинністю [1071].

Цікавою видається думка що спрощення досудового кримінального провадження з укладенням угоди зумовлене досягненням компромісу, коли держава в особі уповноважених органів відмовляється від безкомпромісного притягнення правопорушника до кримінальної відповідальності і в обмін на визнання ним вини у вчиненні інкримінованого правопорушення та виконання інших зобов'язань погоджується на застосування менш суворих заходів кримінального правового характеру. Підтримано думку, що, зважаючи на специфіку угоди про процесуальну співпрацю, наявні передумови для її виокремлення на нормативному рівні в якості самостійного виду угод у кримінальному провадженні. Крім того, висловлено думку, що угода про добровільне розкриття доходів є по суті різновидом угоди про визнання винуватості. Проте така угода у формі декларації укладається не з прокурором як суб'єктом кримінально-процесуальноїдіяльності, а подається в податкові органи і містить інші матеріально-правовінаслідки, відмінні від тих, що визначені у главі 35 КПК[1072].

Питаня укладеннння угоди так багато приділено наукових публікацій відомих та поважних вчених, думки яких мають та заслуговують на схвалення[1073], важко не погодитися із думкої Соловйової О. Є, де вона

[1071] Джига М. В., Баулін О. В., Лук'янець С. І., Стахівський С. М. Провадження дізнання в Україні : навч.-практ. посібник. Київ, 1999. 156 с.

[1072] Балов П. О. Спрощені порядки кримінального провадження у стадії досудового розслідування : дис. … доктора філософії : 081 Право; Хмельницький ун-т управління та права ім. Леоніда Юзькова. Хмельницький, 2024, 252 с.

[1073] Капліна О. В., Марочкін О. І. , Демура М. І. таін. Особливі порядки кримінального провадження : підручник . Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків : Право, 2024. 366 с. ; Торбас О. О., Чебанов А. В. Співвідношення свободи від самовикриття та зобов'язання викрити співучасників при укладенні угоди про визнання винуватості. Право і суспільство. 2024. №. 2. С. 512–519. ; Демура М. Укладення угоди в кримінальному провадженні: практика ЄСПЛ та національних судів. 2023 ; Сіроткіна М. В. Теорія та практика реалізації права на компроміс у кримінальному процесі України. Теорія та практика

наголошує на тому, що для підвищення ефективності інституту угод необхідно вдосконалити чинне кримінальне процесуальне законодавство, забезпечити єдність судової практики та розробитичіткий механізм контролю за виконанням умовтакої угоди[1074].

Приємно, що ті перші аргументи в монографії стосвно медіації у кримінальному процесі — підтримуються науковцями та переконують наукову спільноту та практиків, що вирішення кримінального конфлікту шляхом діалогу, враховуючи інтереси обох сторін, як потерпілого, так і підозрюваного/обвинуваченого, виправлення особи, яка вчинила таке кримінальне правопорушення, зменшення кількості повторно вчинених правопорушень — усе це є реальним результатом відновного правосуддя. Однією з найпоширеніших форм реалізації відновного правосуддя є медіація у кримінальному процесі.[1075]

Своєчасною та нагальною є проблема «спрощеності» в статті Т. О. Лоскутова, де досліджено правове регулювання фіксування кримінального провадження в умовах воєнного стану. Вказується, що важливе місце серед приписів, що регламентують порядок кримінального провадження в умовах воєнного стану займають законодавчі положення, що унормовують специфіку фіксування кримінальної процесуальної діяльності. Зазначається, що проведення бойових дій ускладнює використання «звичайних» форм фіксування кримінального провадження.[1076]

На даному етапі реформування кримінального процесуального законодавства з метою недопущення порушень прав і законних інтересів учасників судочинства гостро постає питання стосовно зміни регламентації скороченого порядку судового розгляду з тим, щоб, не покидаючи головної переваги — процесуальної економії, уникнути негативних наслідків його застосування. У сучасних умовах реалізації кримінального процесуального законодавства та застосування його на практиці, особливої актуальності серед інших набувають питання застосування спрощених форм судового розгляду кримінальних проваджень,

---

реалізації права на компроміс у кримінальному процесі України. 2021 ; Савицька С. Вирок на підставі угоди: практика застосування та проблемні аспекти. *DICTUM FACTUM*. 2025. №. 1 (17). С. 273–279.

[1074] Соловйова О. Є. Примирення сторін у кримі-нальному процесі України : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 ; *Харків. Нац. ун-т внутр. справ*. Харків, 2006. 234

[1075] Дмитренко А. А., Мазур М. Р. Особливості медіації у кримінальному провадженні України. Наук. вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право. 2021. №. 67. С. 273–277.

[1076] Лоскутов Т. О. Правове регулювання фіксування кримінального провадження в умовах воєнного стану. 2022.

диференціація яких була суттєво розширена з прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України, а на сьогодні ще і системно врахувати ступінь цифровізації процесу, що відповідає трендам електронного судочинства.

Введення нових форм і методів спрощення має на меті розвантажити суди України шляхом звуження процедури розгляду кримінальних проваджень, по яких обвинувачені визнають свою провину. Такі заходи сприятимуть виокремленню в боротьбі зі злочинністю головного і зосередженню зусиль саме на тому, щоб усунути розпорошення сил, витрату їх на другорядне, на шкоду тому, що є основною загрозою інтересам особи і держави[1077].

Система спрощення процедури кримінального провадження включає в себе певний перелік регулятивних положень КПК, спрямована на скорочення часу з моменту повідомлення особи про підозру, складання стосовно неї обвинувального акта і до ухилення судового рішення у кримінальному проваджені, набрання ним законної сили[1078].

Загалом можна виділити такі спрощені форми здійснення кримінального провадження (досудового розслідування та судового розгляду), а саме: а) спрощене провадження щодо кримінальних проступків; б) кримінальне провадження на підставі угод; в) спрощене провадження у формі приватного обвинувачення.

Питання введення та застосування в Україні різних форм спрощеного судового розгляду кримінальних проваджень у сучасний період розглядались в наукових працях Г. П. Середи, Г. П. Власової, Ю. М. Грошевого, Л. М. Лобойка, В. Т. Маляренка, В. О. Попелюшка, В. М. Тертишника, Т. М. Мірошниченко та інших вчених.

Метою спрощення кримінального процесу є вирішення проблеми, пов'язаної з необхідністю оптимізації чинної кримінальної процесуальної форми, яка дасть змогу раціонально й економно використовувати ресурси, які виділені для здійснення правосуддя, скоротити строки розгляду кримінальних проваджень, суттєво підвищити дію покарання, зняти надмірне навантаження із суддівського корпусу щодо розгляду кримінальних проваджень.

Саме тому виникає занепокоєння вчених та практиків проблема тривалості строків розгляду кримінального провадження у суді, які нерідко

[1077] Власова Г. П. Спрощення кримінального судочинства України: історія, теорія, практика. Там само. С.75.

[1078] Власова Г. П. Спрощення кримінального судочинства України: історія, теорія, практика. Там само. С.75.

не відповідають вимогам їх розумності. І хоча надмірно тривалі строки розгляду справ (проваджень) у суді нерідко обумовлені об'єктивними причинами до яких, зокрема, слід віднести: нормативну неврегульованість питання, пов'язаного зі строками розгляду судами кримінальних проваджень; складність кримінальних проваджень, ступінь яких визначався характером обставин, що підлягали встановленню, кількістю обвинувачених, потерпілих та свідків тощо; розширення прав учасників процесу, реалізація яких затягує строки розгляду кримінальних проваджень; перевантаженість суддів тощо. Таке становище є неприпустимим з позиції забезпечення права особи на вирішення її справи в об'єктивно можливий, а тому й розумний строк. До речі, ця проблема є інтернаціональною, оскільки «середні строки розслідування кримінальних проваджень, що обчислюються з моменту виявлення кримінального правопорушення до вирішення судом справи по суті, стали справжнім «головним болем» майже всіх держав». У зв'язку з цим, фахівці зазначають, що реакція на зростання рівня злочинності та пов'язану з цим перевантаженість не занадто до того ж економічно забезпеченої кримінальної юстиції, постійне розширення прав учасників процесу, реалізація яких при всій своїй позитивності має один явно негативний аспект — є наслідком збільшення реальних строків руху кримінального провадження[1079].

Крім «навантажувального» аспекта, спрощення кримінального процесу безпосередньо було пов'язане із захистом прав особи, зокрема, права на вирішення кримінального провадження «у розумний строк», що випливало з тексту статей 9^3 і 14^3 Пакту про цивільні і політичні права 1966 р. і статей 5^3 і 6^1 ЄКПЛ[1080].

Тому, одним з пріоритетних напрямів реформування сучасного кримінального судочинства є його прискорення та адаптація під сучасні виклики часу. В цьому ракурсі не викликає сумніву необхідність пошуку певних кардинально нових шляхів, спрямованих на забезпечення відправлення правосуддя без невиправданих затримань та надмірної тяганини. Такі шляхи в значній мірі полягають у спрощенні загального порядку кримінального судочинства, запровадженні до кримінального процесу певних прискорюючи процедур та пошуку оптимальних форм розв'язання конфліктів.

[1079] Щолкін В., Стулов О. Визнання вини підсудним як спосіб спрощення кримінального процесу: «за» і «проти». 2002. № 11. С. 66–70.

[1080] Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за ред. О. Л. Жуковської. Київ : ЗАТ ВІПОЛ, 2004. 960 с.

Безумовно, елементи компромісу присутні і при інших видах спрощення (щодо кримінальних проступків) та скорочення (недоцільність дослідження тих обставин правопорушення, які ніким не оскаржуються).

З приводу компромісного вирішення кримінальних проваджень на сторінках юридичних видань до цього часу йдеться дискусія щодо можливості компромісів у кримінальному процесуальному праві. Наскільки в принципі допустимо говорити про компроміс стосовно злочинності, якщо за своїм поняттям компроміс — це досягнення згоди шляхом взаємних уступів. Отже, мова йде про змову з підозрюваним (обвинуваченим) з боку правоохоронних органів. В чистому вигляді компроміс з особою, яка обвинувачується у вчиненні злочину, має долю цинізму, виглядає аморально. Які можуть бути уступки людині, яка обвинувачується у вчиненні злочину. В епоху «безкомпромісної боротьби із злочинністю» радянських часів, компроміс у кримінальному процесі був не тільки неможливий, а й немислимий[1081]. Саме тоді так склалося і до сьогоднішнього часу юридичні словники не мали і не мають юридичного поняття у визначенні компромісу.

Однак часи міняються. Змінилися погляди на злочинність і злочинну поведінку. Сама злочинність виявилася вихідною з інших сфер діяльності (політичної, соціальної, економічної тощо). За останні десятиліття багато країн розв'язують цю проблему через розвиток альтернатив кримінальному переслідуванню. Такі заходи пов'язані з реалізацією основних положень згаданих вище Рекомендацій РЄ.

Перевага швидкого розгляду кримінального провадження полягає, в першу чергу, в процесуальній економії (розгляд провадження у розумний строк ст.28 КПК)[1082]. З погляду на це розумна відмова від складних судових процедур за наявності певних підстав та умов соціально є більш корисною ніж повне та всебічне дослідження обставин справи. Зрозуміло, що сама по собі швидкість є цінною для кримінального процесу лише за умови збереження основних гарантій прав та законних інтересів учасників процесу.

Отже, спрощення судового слідства набуває в порівнянні з класичною його формою такі властивості, як швидкість, оперативність та

[1081] Верещак В. М. Судовий компроміс у кримінальному судочинстві. *Вісник Верховного Суду України*. 2000. № 1. С. 41–43

[1082] Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар : у 2 т. / [О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.]. Харків : Право, 2012. Т. 1. 768 с.

економічність провадження. Користь в такому випадку одержує не тільки обвинувачена особа, а й потерпілий, держава та суспільство.

Держава, таким чином, зберігаючи свою присутність у вирішенні будь-яких кримінальних конфліктів, принципово змінює погляд на свої функції, по іншому реагує на вчинення правопорушення з позиції «злочин-покарання», надає під своїм контролем потерпілому більше прав і можливостей для захисту його інтересів, виступає, перш за все, як гарант законності від зловживань як одного, так і іншого суб'єкта таких правовідносин. Не менш важливим є в цьому процесі розвантаження правоохоронних органів, судів від зайвої роботи, що надає можливість сконцентрувати свою увагу на розв'язанні і розгляді більш тяжких, резонансних і латентних злочинів.

Вчені і практики прийшли до переконання, що суворе додержання всіх традиційних процесуальних вимог приведе до нескінченності процесу, великих фінансових витрат при відсутності позитивних наслідків.

Таким чином, проведені доводи щодо невідповідності закону скороченої процедури розгляду кримінального провадження можна спростувати наступним:

Вказана процедура, напроти, відповідає таким принципам правосуддя, як змагальність і диспозитивність. Якщо учасниками процесу не оскаржуються фактичні обставини, то відсутній спір щодо цих обставин, а від того дослідження доказів у повному обсязі перетворюються на формальність, в якій зникає змагальність процесу, що і дає можливість застосувати спрощену процедуру. В той же час, погоджуючись із спрощеною процедурою розгляду кримінального провадження, учасники процесу тим самим вільно розпоряджаються своїми правами у межах та у спосіб, передбачених КПК, спираючись на принцип диспозитивності процесу.

Не суперечить такий порядок дослідження доказів у суді принципу гласності і відкритості судового провадження. Справа розглядається відкрито, у відповідності до статті 27 КПК, а судове рішення обґрунтовується лише доказами, які досліджені в суді, та проголошується прилюдно. Умовою є впевненість суду в істинності та добросовісності позиції підсудного, який визнає вину, безсумнівність у правильності викладення фактів обвинувачення в цілому чи з певного епізоду[1083].

[1083] Костін М. І. Окремі аспекти подолання протидії розслідуванню легалізації злочинних доходів на етапі закінчення досудового слідства. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2005. № 11. С. 154.

Що стосується презумпції невинуватості, проголошеній статтею 62 Конституції України, статтею 17 КПК, то по справах, розглянутих за спрощеною процедурою, доведеність винності особи визначається відповідно закону (ст. 349 КПК) і встановлюється обвинувальним вироком.

Водночас частиною 3 статті 349 КПК є оптимальним варіантом співвідношення конституційних положень законності та доцільності застосування даної норми. Таке співвідношення дозволить економити та сприяти якісному виконанню завдань кримінального судочинства, адже керуючись лише принципом законності при дослідженні доказів по кримінальному провадженню у повному обсязі за наявності неоспорюваності фактичних обставин справи учасниками процесу, призведе до формалізму кримінального судочинства.

Таким чином, у зв'язку із реформуванням кримінального процесуального законодавства України та впровадження диференційованих форм спрощення кримінального процесу ставить завдання перед правозастосовцями — знайти оптимальний варіант співвідношення принципів законності і доцільності: будь-яке спрощення повинно бути в рамках закону. Вчені і практики прийшли до переконання: суворе додержання всіх традиційних процесуальних вимог приведе до нескінченності процесу, великих фінансових витрат при відсутності позитивних наслідків.

Прикладом можуть бути задоволені заяви наших співвітчизників у ЄСПЛ. Процедура спрощеного розгляду кримінальних справ набуває все більшого розвитку та застосування в окремих державах Європи, зокрема в Німеччині, Італії, Іспанії, державах Бенілюксу, в Польщі, Чехії, Словаччині та інших країнах.

Взагалі, сам процес спрощеного провадження в деякій мірі схожий для всіх країн справи надходять до судів безпосередньо з правоохоронних органів. Часто це відбувається, коли правоохоронні органи відразу після арешту (затримання) підозрюваного доставляють його до суду для вирішення питання про міру покарання. Вирішуючи це питання, суд дізнається про ставлення винного до вчиненого. Подальші дії залежать від відповіді. Якщо особа визнає себе винною, то суддя відразу приймає рішення про рівень покарання, яке фіксується в протоколі засідання (коли він ведеться), або у журналі, який заповняється секретарем. У інших випадках, коли вона не визнає себе винною, відбувається складніший комплекс процесуальних дій: по його проханню йому може бути наданий строк для підготовки до захисту (запрошення захисника, консультації з ним, збирання доказів у свою користь тощо) та проводиться судочинство

за загальними правилами (судове слідство, під час якого досліджуються все представлені сторонами докази, суперечки сторін і тощо)[1084].

Так можна зробити висновок, що на багатьох етапах становлення сучасного кримінального процесу оптимізація судочинства була пов'язана зі скороченням його термінів; виключенням з процесу окремих стадій або їх структурних елементів; скасуванням окремих процесуальних інститутів і норм. При цьому в кримінальних провадженнях завжди повинні відображатися базові принципи і гарантії прав його учасників, які в тій чи іншій формі і надалі повинні бути збережені законодавцем при регламентації спрощеного порядку розгляду справ на досудовій та судовій стадіях кримінального процесу.

Сама ідея спрощеного кримінального судовичнства стосувалася не тільки інституту угод, а в основу конценпції був закладений початок розподіл кримінальних проваджень за процесуальною формою, тобто за диференціацією процесуальної форми. Таким чином, на мою думку, всі провадження, які відрізняються від класичної структури: повне досудове розслідування — повний (усі стадії) судового розгляду — прийняте рішення та його виконання — мають бути віднесені до спрощеного кримінального провадження.

Тому конценпція спрощеного кримінального процесу на пряму залежить від диференціації кримінальної процесуальної форми. Пропонувалося і пропонується (питання спрощених, скорочених, усічених процедур є досить актуальним) винести в такі «спрощені проваження» кримінальні рповадження:

– стосовно кримінальних проступків;
– примирення потерпілого з обвинуваченим;
– угода між прокурором та обинуваченим;
– заочне провадження;
– можливість застосування медіативних процедур, не повязаних з угодами та примиренням;
– провадження стосовно неповнолітніх тощо.

Що ж не так у кримімнальному процесуальному праві: чому інститут угод не «працює» як слід? На прикладі інституту угод у кримінальному процесі, на жаль, реальність далека від ідеалу, і тут я дозволю собі критичні зауваження.

По-перше, норми кримінального процесуального права не забезпечує достатнього захисту прав обвинуваченого. Спрощення часто

[1084] Власова Г. П. Спрощення кримінального судочинства України: історія, теорія, практика. Там само.

перетворюється на «конвеєр», де визнання вини стає примусовим через тиск (наприклад, через загрозу повного процесу). Дослідження показують, що в 20–30 % випадків обвинувачені погоджуються на спрощення через брак адвокатського захисту або незнання своїх прав.

По-друге, ті проблеми, які повязані із ефективністю — спрощення не розвантажує систему, бо суди часто переходять до повного розгляду через заперечення сторін (ч. 3 ст. 349 КПК). У воєнний час це ускладнюється логістикою, коли слідчі (розшукові) дії проводяться дистанційно, але без належного фіксування (відеоконференції не завжди доступні через перебої з інтернетом, а електронний документообіг не уніфікований, що ускладнює провадження). Крім того, інститут не «працює» через нечіткість критеріїв: що таке «незаперечення доказів»? Це призводить до оскаржень вироків, подовжуючи процеси. Критично зауважу, що норми КПК часто ігнорують практику ЄСПЛ, де спрощення не повинно порушувати ст. 6 Конвенції (право на справедливий суд), що призводить до скарг з України.

По-третє — корупційні ризики, де таке спрощення полегшує «домовленості» між прокурором і обвинуваченим, без належного судового контролю. Загалом, інститут не працює як слід через брак балансу, де надмірна спрощеність жертвує справедливістю заради швидкості.

По-четверте, «спрощення» не адаптовано до розслідування цифрових правопорушень (наприклад, шахрайства в інтернеті), де потрібне складне доказування, що суперечить ст. 382 КПК.

На наш погляд, доцільно заборонити укладання угоди без реальної участі захисника та законодавчо встановити обов'язок для адвоката подавати письмовий висновок щодо роз'яснення наслідків. Задля усунення суперечностей публічним інтересам і принципу справедливості — слід обмежити сфери застосування угод лише в кримінальних проступках та злочинах невеликої й середньої тяжкості. Заборонити застосування угоди у разі виявлення ознак примусу, із наслідком, де формально «нав'язується» угода підозрюваному. Ми вважаємо, що потрібно заборонити схвалення угод без реальної оцінки добровільності, адекватності та правових наслідків (інколи суди обмежуються перевіркою формальних умов).

Натомість задля удосконалення вже інснуючих положень є певні думки, які не претендують на швидку реалізацію, а скоріше задля того, щоб обдумати та можливо обговорити в науковому колі задля можливості розумної ралізації вказаних положень:

1. На нашу думку Суд має перевіряти не тільки добровільність і усвідомленість угоди, а й відповідність узгодженої санкції принципу

справедливості (пропорційності), тому постає питання про застосування судового контролю.

2. Запровадження залучення перекладача при укладанні угод з обов'язковим перекладом, який засвідчується перекладачем у протоколі. На нашу думку, це захистить від формального погодження умов без їх розуміння.

3. Необхідно удосконалити процедури документування з обов'язковою відеофіксацію процесу підписання угоди — щоб перевірити, чи особа усвідомлювала свої дії.

4. Інтегрувати обовязкоко відновлювальний елемент, коли угода повинна включати не лише санкцію, але й обов'язок компенсувати шкоду потерпілому чи взяти участь у програмі примирення.

5. Слід дозволити перегляд угоди у випадках порушення добровільності чи неадекватності санкції, а для цього необхідно уніфікувати процедуру апеляційного оскарження.

Та класична концепція спрощених форм, викладена в монографії[1085], ґрунтується на ідеї оптимізації кримінального процесу за рахунок альтернативних процедур, що зменшують його тривалість та процесуальні витрати без шкоди для гарантій прав людини. Треба врахувати той важливий факт, що сучасні виклики (воєнний стан, перевантаженість судів, цифровізація публічної влади, розвиток електронних сервісів) потребують оновлення цього підходу. Тому врахувуючи такі тенденції пропонується певні елементи модернізації спрощених форм кримінального судочинства:

1. Електронізація спрощених форм

Запровадження цифрових процедур (e-case) із використанням захищених електронних платформ для розгляду справ про кримінальні проступки та злочини невеликої тяжкості, тим паче, що Електорнний суд вже апробований і це відчулося на швидкості та зручності подання заяв, клопотань, отримання повісток тощо, в провадженні, а суду — ухвалювати рішення у письмовому провадженні[1086].

2. Модульна структура спрощених проваджень

Запровадження диференціації за рівнем процесуального спрощення:

[1085] Власова Г. П. Спрощення кримінального судочинства України: історія, теорія, практика. Там само.

[1086] Електронне судочинство в дії: Україні офіційно починають функціонува ти три підсистеми (модулі) ЄСІТС. URL: https://hcj.gov.ua/news/elektronne sudochynstvo-v-diyi-v-ukrayini-oficiyno-pochynayut-funkcionuvaty-try pidsystemy ; «Електронний суд»: практичний досвід користувача. URL: https://jurliga.ligazakon.net/news/225650_elektronniy-sud-praktichniy-dosvd-koristuvacha

1086[2]

1086[1]

– базове (письмове провадження у справах про проступки);

– середнє (скорочене досудове розслідування з угодою сторін);

– розширене (гібридна форма з окремими усними слуханнями).

3. Надання судді права визначати формат розгляду (письмовий, електронний, усний) залежно від складності справи, ступеня суспільної небезпеки та позиції сторін.

4. Інституціоналізація кримінальної медіації як складової спрощених форм судочинства. Це дозволяє не лише розвантажити суд, але й забезпечити відновлювальний характер кримінальної юстиції.

5. Введення процесуальних запобіжників, які унеможливлюють тиск на підозрюваного при виборі спрощеної процедури. Наприклад, запровадження обов'язкової відеофіксації згоди особи на застосування такої процедури.

6. Інституалізація онлайн-засідань у спрощеній формі із забезпеченням участі перекладача, адвоката та прокурора в дистанційному форматі задля процесуальної економії часу.

Така модернізована концепція спрощених форм судочинства у кримінальному процесі в ідеалі повинна поєднувати: традиційні ідеї про диференціацію процедур; новітні цифрові інструменти; міжнародні стандарти захисту прав людини; інституційні механізми відновлювальної юстиції. Це дозволить сформувати гнучку, технологічно сучасну і правозахисну модель кримінального процесу, яка відповідатиме як викликам воєнного часу, так і потребам поствоєнного реформування правосуддя.

Для удосконалення спрощення кримінальної процесуальної процедури пропонуються зміни до КПК, де необхідно посилити гарантії прав сторін — обов'язкову участь адвоката в спрощеному провадженні (зміни до ст. 382 КПК), щоб уникнути примусу. В умовах воєнного стану — розширити дистанційні інструменти (відеоконференції, електронне фіксування), але з обов'язковим аудитом для уникнення зловживань (проєкт Закону № 7183)[1087]. Крім того, інтегрувати моніторинг: створювати реєстр спрощених справ для аналізу ефективності, задля уникнення фокусування на швидкості, ігноруючи ризики помилок, що може призвести до масових оскаржень у ЄСПЛ. Розглянути можливість створення єдиної платформи для електронного документообігу та відеоконференцій із резервними каналами зв'язку для прифронтових зон. Впровадити

1087

[1087] Проєкт Закону «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в умовах воєнного, надзвичайного стану» від 20.03.2022. URL: https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Bills/Card/39256

блокчейн-технології для фіксації доказів у кіберзлочинах. Про це також вказували і науковці[1088]. Розробити окремий порядок спрощеного провадження для цифрових проступків із фокусом на експертизу.

Критично зауважу, що спрощення кримінального процесу в Україні залишається «недореформованим». Воєнний стан та зростання кіберзлочинності виявили слабкість законодавчої бази, а ігнорування практики ЄСПЛ загрожує міжнародними санкціями. На нашу думку, без комплексного підходу — від технологій до судового контролю — цей інститут не виправдає очікувань. Таким чином спрощення кримінального процесу потребує радикальної модернізації, щоб стати не лише швидким, а й справедливим інструментом судочинства.

Вже було продемонстровано, що раціоналізація етапів досудового розслідування та судового розгляду може скоротити терміни проваджень на 30–50 %, не жертвуючи якістю. Однак, як свідчить статистика в Україні, впровадження таких змін (зокрема, через оновлення КПК у 2012–2023 рр.) стикається з викликами: ризиком ерозії процесуальних гарантій, нерівністю доступу для вразливих груп та потенційним зловживанням дискреційними повноваженнями органів правосуддя. З перспективи наукового пошуку концепція спрощення кримінального судочинства відкриває широке поле для інтердисциплінарних досліджень. Перспективними напрямками, на нашу думку, можуть бути напрацювання:

– в порівняльно-правовому аналізі, може бути вивчення гібридних моделей спрощення в англо-саксонських (*plea bargaining* у США) та континентальних системах, з акцентом на адаптацію до пострадянського правового простору. Це дозволить розробити універсальні критерії «оптимального спрощення», враховуючи культурні та інституційні особливості.

– в статистичних дослідженнях розкриття теми застосування методів *big data* та машинного навчання для моделювання впливу спрощень на показники рецидивізму, задоволеність учасників процесу та навантаження на суди. Наприклад, лонгітюдні дослідження в Україні могли б оцінити ефект пілотних проєктів цифрового кримінального провадження.

– в аналізі гендерних, вікових та регіональних диспропорцій у доступі до спрощеного правосуддя може бути використано з метою формування рекомендацій для законодавчих змін.

[1088] Мовчан А. В., Козій В. В. УКЛАДЕННЯ УГОД У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ПРО НЕЗАКОННЕ ЗАВОЛОДІННЯ КРИПТОВАЛЮТОЮ (ВІРТУАЛЬНИМИ АКТИВАМИ). *Галицькі студії : Юридичні науки.* 2024. №. 5. С. 37–44.

На завершення, спрощення кримінального процесу — це не телос (мета сама по собі), а динамічний процес, що вимагає постійного наукового моніторингу та корекції. У добу цифрової трансформації та геополітичних криз воно може стати каталізатором для справжнього верховенства права, якщо буде підкріплене *evidence-based* підходами. Хочу скористатися можливістю та закликати дослідників долучатися до такого наукового пошуку.

Висновки. Аналіз розвитку концепції спрощеного кримінального провадження в Україні свідчить, що законодавча база у цій сфері потребує суттєвої модернізації з урахуванням сучасних викликів (воєнний стан, цифровізація, зростання кіберзлочинності, потреба у відновному правосудді). З цієї точки зору для законодавця можна виділити такі ключові орієнтири:

1. Необхідно закріпити в КПК чіткі процесуальні запобіжники для гарантування добровільності та усвідомленості участі підозрюваного в спрощених процедурах. Йдеться про обов'язкову участь захисника, письмове підтвердження роз'яснення наслідків угоди, а також відеофіксацію процесу її укладення.

Пропонуємо статтю 349 КПК («Визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, та порядку їх дослідження») доповнити частиною четвертою такого змісту:

«4. У разі розгляду кримінального провадження в порядку спрощеної процедури суд зобов'язаний забезпечити:

1) відеофіксацію згоди обвинуваченого на застосування спрощеного порядку;

2) обов'язкову участь захисника у наданні такої згоди;

3) письмове підтвердження захисником факту роз'яснення обвинуваченому наслідків застосування спрощеного порядку та укладення угоди».

2. Доцільним є внесення змін до ст. 382 КПК з метою обмеження сфери застосування угод про визнання винуватості лише до проступків і злочинів невеликої та середньої тяжкості. Пропонуємо таку редакцію цієї статті:

«Стаття 382. Розгляд обвинувального акта щодо кримінальних проступків.

1. Суд ухвалює вирок без проведення судового розгляду у випадку, коли:

1) обвинувачений беззаперечно визнає вину у вчиненні кримінального проступку чи злочину невеликої або середньої тяжкості;

2) потерпілий не заперечує проти ухвалення вироку у спрощеному порядку;

3) обвинувачений був забезпечений правом на захист, а участь захисника є обов'язковою».

На нашу думку, таке формулювання сприятиме зменшенню ризику зловживань і примусу.

3. У зв'язку із воєнним станом варто розширити використання дистанційних інструментів кримінального судочинства, але водночас закріпити обов'язковий аудит таких процесуальних дій (наприклад, шляхом створення реєстру спрощених проваджень та незалежного контролю за відеозаписами). У зв'язку з викладеним пропонуємо доповнити КПК новою статтею 382^1 такого змісту:

«стаття 382^1. Особливості застосування дистанційних технологій у спрощеному кримінальному провадженні»

1. У спрощеному кримінальному провадженні допускається дистанційна участь сторін за допомогою засобів відеоконференції із забезпеченням належної ідентифікації учасників та безперервної відеофіксації.

2. Відеозапис спрощеного провадження є обов'язковим і зберігається в Єдиному державному реєстрі судових рішень.

3. Для кримінальних проваджень у сфері кіберзлочинів створюється спеціалізований порядок фіксації та експертизи цифрових доказів, який визначається окремим законом».

4. Необхідно передбачити у КПК можливість спеціалізованого спрощеного порядку розгляду кримінальних правопорушень у сфері кіберзлочинів. Така процедура має включати обов'язкову експертизу цифрових доказів і стандартизовані форми їх фіксації (у тому числі із застосуванням блокчейн-технологій).

5. Потребує інституціоналізації кримінальна медіація. Вона повинна бути закріплена як складова спрощених форм судочинства з чітким визначенням її ролі у відновному правосудді та механізмів забезпечення інтересів потерпілого.

6. Необхідно передбачити в законодавстві модульну структуру спрощених процедур: від базового письмового провадження щодо проступків — до розширених гібридних форм із частковим судовим дослідженням доказів. Така диференціація забезпечить баланс між процесуальною економією та захистом прав.

7. Варто закріпити обов'язковість інтеграції спрощених проваджень у систему «Електронного суду» з можливістю дистанційної участі перекладача, адвоката й прокурора. Це відповідатиме трендам цифровізації та дозволить зберігати процесуальну економію навіть у кризових умовах.

Розділ 7. СТРАТЕГІЇ РОБОТИ З ДОКАЗАМИ, ЩО МАЮТЬ ЕЛЕКТРОННУ ФОРМУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Інга КАЛАНЧА,
кандидат юридичних наук, начальник Новоселицького відділу Чернівецької окружної прокуратури Чернівецької області, доцент кафедри публічного права Факультету права та міжнародних відносин Київського столичного університету імені Бориса Грінченка, тренер Тренінгового центру прокурорів України

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5246-7337

Анотація. У розділі обґрунтовано формування самостійного напряму кримінальної процесуальної діяльності, пов'язаного з роботою з доказами, що мають електронну форму, який поєднує процесуальні та технічні рішення і вимагає спеціалізованих знань. Запропоновано системну модель фіксації таких доказів на основі трьох універсальних стратегій: 1) фізичного вилучення електронного носія інформації; 2) огляду та копіювання інформації; 3) огляду й фіксації інформації з відкритих джерел. Доведено значення релевантної класифікації електронних носіїв інформації за ступенем інтеграції з інформаційною системою та за типом запам'ятовуючого пристрою для уніфікації тактики їх пошуку, вилучення й дослідження. Обґрунтовано пріоритет копіювання електронної інформації із залученням спеціаліста як повноцінної альтернативи фізичному вилученню технічних пристроїі, з належною реалізацією через створення криміналістичного (побітового) образу, гешування цифрових даних та фіксації геш-сум. Проілюстровано обмеженість логічного копіювання та його допустимість лише з урахуванням ризиків втрати структурного контексту даних. Розкрито особливості роботи з електронними документами, підписаними кваліфікованим електронним підписом: за наявності технічної можливості верифікації підпису копіювання може виконуватися без залучення спеціаліста. Доведено необхідність процесуального осмислення кіберпростору як самостійного середовища фіксації електронної інформації, що зумовлює диференціацію між фіксацією публічної інформації (огляд) та здобуттям непублічних цифрових даних із використанням

механізмів міжнародної правової допомоги. Сформульовано цільові пропозиції щодо внесення змін до законодавства щодо підтверджувати цілісності і автентичності копії електронної інформації через фіксацію геш-значень; віднесення контрольних геш-значень до обов'язкових реквізитів протоколу слідчої (розшукової) дії; закріплення пріоритету копіювання цифрових даних перед вилученням технічних пристроїв, запровадження нової слідчої (розшукової) дії для фіксації даних з відкритих джерел тощо.

Ключові слова: кримінальний процес, докази, що мають електронну форму, цифрові докази, електронні докази, стратегії фіксації, електронні носії інформації, комп'ютерні дані, побітове копіювання, гешування, ДСТУ ISO/IEC 27037:2017, електронний документ, огляд, кіберпростір, Конвенція Ради Європи про кіберзлочинність, Протокол Берклі.

Inha KALANCHA,

STRATEGIES FOR WORKING WITH ELECTRONIC EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN UKRAINE

Abstract. The section provides a substantiated argument for the establishment of an independent direction of criminal procedural activity related to working with evidence in electronic form. This direction combines procedural and technical solutions and requires specialised knowledge. A systematic model for the documentation of such evidence is hereby proposed, based on three universal strategies: The first procedure to be implemented is the physical seizure of electronic media. Following this, the examination and duplication of information will be conducted. The third procedure is the examination and recording of information from open sources. The significance of the appropriate categorisation of electronic media, based on the degree of integration with the information system and the nature of the storage device, for the unification of tactics employed in their search, seizure and investigation is demonstrated. The necessity of duplicating electronic data with the involvement of a specialist as a full-fledged alternative to the physical seizure of technical devices is justified, with proper implementation through the creation of a forensic (bit-level) image, hashing of digital data, and recording of hash sums. The limitations of logical copying and its admissibility are illustrated, with the risks of losing the structural context of the data being taken into account. The peculiarities of working with electronic documents signed with a qualified electronic signature are revealed: if there is a technical possibility to verify the signature, copying can be performed

without involving a specialist. The necessity of procedural understanding of cyberspace as an independent environment for the recording of electronic information has been proven, which leads to a differentiation between the recording of public information (review) and the acquisition of non-public digital data using international legal assistance mechanisms. A series of targeted proposals have been formulated to amend the legislation in order to ensure the integrity and authenticity of copies of electronic information. This will be achieved through the recording of hash values, the inclusion of control hash values as mandatory details in the protocol of investigative (search) actions, the establishment of the priority of copying digital data before seizing technical devices, and the introduction of a new investigative (search) action for recording data from open sources.

Key words: criminal proceedings, electronic evidence, digital evidence, recording strategies, electronic data storage devices, computer data, bit-by-bit copying, hashing, DSTU (Ukrainian State Standard) ISO/IEC 27037:2017, electronic document, inspection, cyberspace, Council of Europe Convention on Cybercrime, Berkeley Protocol.

Робота з доказами, що мають електронну форму під час кримінального провадження формується як окремий напрям кримінальної процесуальної діяльності, що вимагає спеціалізованих підходів та знань. Водночас брак усталених стратегій та алгоритмів, нормативна невизначеність у цій сфері а також нестабільність цифрової інформації потребують глибокого аналізу практичних рішень на кожному з етапів роботи з досліджуваною формою доказів.

Питання фіксації доказів, що мають електронну форму, досі не передбачає уніфікованого підходу в кримінальному процесі України. Це обумовлено як різновидами електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, так і різноманітними оперативними обставинами під час проведення слідчих (розшукових) дій. Ба більше, вказані питання не обмежується інформацією, що міститься на фізичних носіях інформації, а й включають кіберпростір а також комп'ютерні системи, доступ до фізичних систем яких обмежено. Усе це зумовлює потребу в універсальних стратегіях фіксації доказів, що мають електронну форму, для застосування в кримінальному провадженні. Аналіз практики правозастосування дозволяє сформулювати **три стратегії фіксації доказів, що мають електронну форму** в кримінальному процесі України:

1) фізичного вилучення електронного носія інформації або комп'ютерної системи до якої він входить*;*

2) огляду та копіювання інформації, що зберігається на електронному носії інформації або в комп'ютерній системі;

3) огляду й фіксації інформації з відкритих джерел (кіберпростору) (див. Рис. 1, ст. 232) [[1089], с. 253–254].

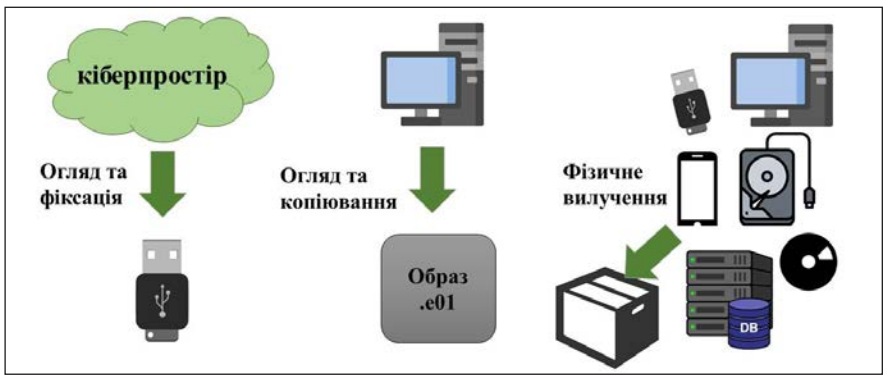


Рис. 1. Стратегії фіксації доказів, що мають електронну форму

Усі слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в межах кримінального провадження так чи інакше **реалізуються через одну з трьох зазначених стратегій.** При цьому кожна з них передбачає специфічні вимоги як процесуального, так і технічного характеру, що потребують ґрунтовного аналізу.

Пошук електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку у фізичному просторі є умовно «класичним» способом пошуку доказів, що мають електронну форму, під час кримінального провадження. На відміну від традиційних речових доказів, сучасні електронні носії інформації можуть бути мініатюризованими, замаскованими або інтегрованими у предмети побуту, що суттєво ускладнює їх виявлення без спеціальних знань і технічних засобів. До стандартних носіїв належать персональні комп'ютери, ноутбуки, смартфони, планшети, зовнішні жорсткі диски, USB-флешки.

[1089] Каланча І. Г. Стратегії фіксації доказів, що мають електронну форму для застосування в кримінальному провадженні. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні : Матеріали VII Міжнар. наук.-практ. конф. (27 жовтня 2023р., Чернівці) / редкол. О. В. Щербанюк та ін. Чернівці : 2023. С. 253–258. URL: https://law.chnu.edu.ua/wp-content/uploads/docs/zbirnyk_conf_27.pdf

1089

Водночас у слідчій практиці дедалі частіше фіксується виявлення нетипових носіїв: GPS-трекерів, цифрових відеореєстраторів, годинників із вбудованою пам'яттю, мікрокарт пам'яті, схованих у меблях, побутових приладах або деталях одягу. Тактичні прийоми виявлення цифрових пристроїв мають адаптуватися до умов стрімкого розвитку технологій та різноманіття форм-факторів.

За наявності доступу сторони обвинувачення до носія інформації або комп'ютерної системи під час проведення слідчих (розшукових) дій можливе застосування двох стратегії: або фізичне вилучення, або огляд та копіювання.

Обшук — одна з важливих та високорезультативних слідчих (розшукових) дій, що проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцеперебування розшукуваних осіб [[1090], с. 159–160]. Особливої ефективності дана слідча (розшукова) дія набуває в контексті можливості відшукання та вилучення комп'ютерів, ноутбуків, мобільних телефонів, що містять електронні носії інформації та є високоінформативними для досудового розслідування кримінального провадження. Водночас КПК в ч. 2 ст. 168 суттєво обмежує сторону обвинувачення у можливості вилучення електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку. Очевидно, що процесуальний порядок вилучення комп'ютерної техніки, носіїв інформації та телефонів має свої особливості, позаяк відрізняється від порядку вилучення інших речей (майна).

Відповідно до ч. 2 ст. 168 КПК, тимчасове вилучення електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку для вивчення фізичних властивостей, які мають значення для кримінального провадження, здійснюється лише у разі, якщо вони безпосередньо зазначені в ухвалі суду.

Релевантна класифікація електронних носіїв інформації є передумовою для уніфікації процедур їх виявлення, вилучення, зберігання та дослідження а також адаптації процесуальних дій до технічних особливостей цифрового середовища.

1090

[1090] Гаркуша А. М., Каланча І. Г. Алгоритм прийняття рішень щодо вилучення електронних носіїв інформації під час обшуку. Кримінальна юстиція в Україні: реалії та перспективи: матеріали круглого столу (м. Львів, 11 червня 2021 р.). Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ., 2021. С. 159–165. URL: https://www.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/biblioteka/nauk_konf/11_06_2021.pdf

Залежно від технічної конструкції електронних носіїв інформації для завдань кримінального провадження в частині збирання доказів, що мають електронну форму, доцільно класифікувати за такими критеріями:

І. Ступенем інтеграції електронного носія інформації з електронною інформаційною системою:

1) відокремлені від електронної інформаційної системи. Електронний носій інформації стає доступним слідчому, прокурору як окремий пристрій, що безпосередньо призначений для зберігання електронної інформації. До таких пристроїв відносяться знімні носії — дискети, оптичні диски, карти пам'яті, USB флеш-накопичувачі, накопичувачі на жорстких магнітних дисках, твердотілі накопичувачі, стрічкові картриджі тощо. Вивчення інформації на такому електронному носії передбачає його безпосереднє підключення до комп'ютера для подальшого дослідження інформаційного наповнення.

2) вбудовані в електронну інформаційну систему. Електронний носій інформації представлений у складі комп'ютера, мобільного телефона чи іншого виду інформаційної системи. Такі носії поділяються на такі, що:

а) можуть бути відокремлені (від'єднані) від електронної інформаційної системи без втрати властивостей. Такі відносяться до знімних або дискретних, тобто можуть відокремлюватися від інформаційних систем (комп'ютерів, телефонів);

б) можуть бути відокремлені (від'єднані) від електронної інформаційної системи лише шляхом фізичного знищення стійких структурних елементів та порушення її цілісності. Існує велика кількість вбудованих або інтегрованих носіїв інформації, що неможливо відділити від системи без її пошкодження або суттєвого складного втручання. Носій інформації знаходиться всередині системи та не підлягає від'єднанню від системи без порушення її механічної цілісності. Наприклад, у складі мобільних телефонів, планшетних комп'ютерів та окремих ноутбуків основний модуль пам'яті є фізично інтегрованим компонентом, розпаяним на системній платі, і не може бути відділеним без порушення цілісності основного пристрою. У цьому разі доступ до електронного носія інформації для його вивчення відбувається через інтерфейси інформаційної системи, складовою частиною якої є цей носій.

ІІ. Типом запам'ятовуючого пристрою:

1. Оперативний запам'ятовуючий пристрій (Random Access Memory, RAM) — енергозалежна пам'ять. Оперативний запам'ятовуючий пристрій будь-якої інформаційної системи зберігає обмежену кількість електронної інформації лише протягом сеансу роботи системи до її

вимкнення. В абсолютній більшості випадків увага спрямована слідчого спрямована на збирання інформації з енергонезалежних носіїв, хоча трапляються випадки, коли інформація в оперативній пам'яті може становити суттєвий інтерес для слідства.

2. Енергонезалежний запам'ятовуючий пристрій (non-volatile storage) — енергонезалежна пам'ять, яка може зберігати інформацію при відсутності живлення, тобто після сеансу роботи системи та її вимкнення [[1091], с. 212–213].

Отже, коректна оцінка обстановки на місці проведення слідчих (розшукових) дій щодо виявлення та забезпечення стабільної роботи об'єктів, що потенційно містять електронні дані, виявлення електронних носії інформації та визначення його типу, а також коректна побудова алгоритму роботи з відповідними об'єктами, що потенційно містять електронні дані, є передумовою ефективного виявлення та фіксації доказів в електронній формі. Залежно від виду електронного носія інформації слідчому, прокурору під час проведенні слідчих (розшукових) дій необхідно забезпечити першочергове дослідження носіїв, інформація в яких може бути нестабільною, вживати заходів до забезпечення безперебійного живлення інформаційних систем для збереження інформації з оперативних запам'ятовуючих пристроїв. Окрім того, правильна класифікація електронних носіїв інформації за ступенем інтеграції з електронною інформаційною системою може бути необхідна, наприклад, для обґрунтування необхідності арешту тимчасово вилученого майна або підтвердження позиції сторони обвинувачення при вирішенні питання про зняття арешту з майна та його повернення власнику [[1092], с. 213].

Забороняється тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, крім випадків, коли їх надання разом з інформацією, що на них міститься, є необхідною умовою проведення експертного дослідження, або якщо

1091 [1091] Каланча І. Г. Підходи до класифікації електронних носіїв інформації та інформаційних систем для завдань кримінального провадження. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні : Матеріали V Міжнар. наук.-практ. конф. (29 жовтня 2021р., Чернівці) / редкол. : О. В. Щербанюк та ін. Чернівці : 2021. С. 211–213. URL: https://law.chnu.edu.ua/wp-content/uploads/docs/zbirnyk-29.10.21.pdf

1092 [1092] Каланча І. Г. Підходи до класифікації електронних носіїв інформації та інформаційних систем для завдань кримінального провадження. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні : Матеріали V Міжнар. наук.-практ. конф. (29 жовтня 2021р., Чернівці) / редкол. : О. В. Щербанюк та ін. Чернівці : 2021. С. 211–213. URL: https://law.chnu.edu.ua/wp-content/uploads/docs/zbirnyk-29.10.21.pdf

такі об'єкти отримані в результаті вчинення кримінального правопорушення чи є засобом або знаряддям його вчинення, а також якщо доступ до них обмежується їх власником, володільцем або утримувачем чи пов'язаний з подоланням системи логічного захисту. Отже, законодавець дозволяє тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, якщо вони безпосередньо не зазначені в ухвалі суду, в таких випадках: 1. Надання комп'ютерної техніки разом з інформацією, що на ній міститься, є необхідною умовою проведення експертного дослідження. 2. Комп'ютерна техніка отримана в результаті вчинення кримінального правопорушення. 3. Комп'ютерна техніка є засобом або знаряддям вчинення кримінального правопорушення. 4. Доступ до комп'ютерної техніки обмежується її власником, володільцем або утримувачем. 5. Доступ до комп'ютерної техніки пов'язаний із подоланням системи логічного захисту. Таким чином, комп'ютерна техніка, носії інформації та телефони можуть бути вилучені слідчим під час обшуку, якщо вони безпосередньо зазначені в ухвалі суду та підпадають під один із п'яти приводів, зазначених у абз. 3 ч. 2 ст. 168 КПК [[1093], с. 52–54]. Якщо ж комп'ютерні системи та носії інформації безпосередньо не вказані в ухвалі слідчого судді, однак вони все ж підпадають під один з описаних вище п'яти приводів, їх вилучення все ж допускається, однак такі предмети вважаються тимчасово вилученим майно та вимагають подальшого накладення арешту на майно.

Однак фізичне вилучення не є єдиним способом збирання доказів, що мають електронну форму. При виявленні під час слідчих (розшукових) дій електронних носіїв інформації збирання інформації, що міститься на них, як доказів може здійснюватися двома способами: вилученням носія або інформаційної системи, до якого він входить, або копіюванням інформації, що зберігається на відповідному електронному носії інформації. Кожен з цих способів має власні переваги, недоліки та обмеження.

Вилучення як класичний спосіб збирання доказів у формі матеріальних об'єктів, до яких відносяться електронні інформаційні системи, комп'ютерні системи або їх частин, мобільні термінали систем зв'язку, попри всі очевидні переваги має низку недоліків. Зокрема, це стосується випадків неможливості вилучення або неефективності дослідження електронних носіїв інформації після вилучення у разі загрози

[1093] Литвинчук О. І. Електронні докази. Обшук. Частина 1 / О. І. Литвинчук, М. С. Сорока, І. В. Колесников та ін. Харків : Фактор, 2020. 80 с.

зупинення критично важливих функцій бізнес-процесів або наявності шифрування тощо [1094, с. 336–337].

Альтернативою є збирання інформації, що міститься в електронних носіях інформації, як доказу в кримінальному провадженні шляхом виготовлення копії такої інформації. Відповідна процесуальна процедура з'явилась в КПК лише у 2017 році й складається з таких компонентів:

– встановлення загальної заборони на тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин (комп'ютерів — прим. авт.), мобільних терміналів систем зв'язку (телефонів — прим. авт.) із вичерпним переліком винятків (абз. 3 ч. 2 ст. 168 КПК);

– передбачення права слідчого, прокурора здійснювати із залученням спеціаліста копіювання інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невіддільних частинах під час проведення огляду, обшуку (абз. 4 ч. 2 ст. 168 КПК);

– визнання копії інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невіддільних частинах, виготовленої слідчим, прокурором із залученням спеціаліста як оригіналу документа (ч. 4 ст. 99 КПК) [1095, с. 337].

Таким чином, в КПК з'явився *альтернативний спосіб збирання інформації, що має електронну форму, — збирання доказів, що мають електронну форму, шляхом копіювання інформації, для якого передбачено процесуальну форму, що можна представити як формулу:* ***копія інформації × (слідчий або прокурор + спеціаліст) = оригінал документа*** [1096, с. 337].

З огляду на положення ч. 4 ст. 99 КПК вбачається, що виготовлена за наведеною процесуальною формулою копія електронної інформації є документом. Вказане є важливим для правильного розуміння правової природи копії електронної інформації як доказу в кримінальному

1094

1095

1096

[1094] Каланча І. Г., Гаркуша А. М. Копія електронної інформації як доказ у кримінальному провадженні: процесуальний та технічний аспекти. Юридичний науковий електронний журнал, №8, 2021. С. 336–339. DOI: https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-8/77

[1095] Каланча І. Г., Гаркуша А. М. Копія електронної інформації як доказ у кримінальному провадженні: процесуальний та технічний аспекти. Юридичний науковий електронний журнал, №8, 2021. С. 336–339. DOI: https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-8/77

[1096] Каланча І. Г., Гаркуша А. М. Копія електронної інформації як доказ у кримінальному провадженні: процесуальний та технічний аспекти. Юридичний науковий електронний журнал, №8, 2021. С. 336–339. DOI: https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-8/77

провадженні. З урахуванням вимог абз. 3 ч. 2 ст. 168 КПК та практики правозастосування слідчий, прокурор можуть зіткнутися з необхідністю виготовлення копії інформації в значній кількості випадків:

1. Під час проведення *обшуку або огляду місця події* копіювання інформації доцільно здійснювати:

1.1. при відсутності підстав для тимчасового вилучення майна;

1.2. при неможливості вилучення інформаційних систем через їх організаційну (структурну) складність або фізичну громіздкість;

1.3. при неможливості вилучення інформаційної системи через ризики припинення виробничого процесу;

1.4. при недоцільності вимкнення інформаційної системи через ризик втрати доступу до інформації (наприклад, за умови неможливості згодом успішно запустити розшифрування у разі вимкнення системи з активним шифруванням);

1.5. при копіюванні інформації з модулів оперативної пам'яті інформаційної системи;

1.6. при необхідності створення копії інформації для подання її разом із клопотанням до суду із метою накладення арешту на тимчасове вилучене майно — електронний носій інформації або інформаційну систему, на яких ця інформація виявлена;

1.7. при доцільності копіювання інформації для зменшення ризиків втрати інформації з первинного носія через його пошкодження або деградацію внаслідок впливу інших негативних факторів після вилучення.

2. Під час досудового розслідування також виникає необхідність виготовлення копії електронної інформації з електронного носія інформації, що вже знаходяться у володінні сторони обвинувачення (шляхом проведення огляду речей і документів) у таких випадках:

2.1. для подальшого детального вивчення, описання, друку конкретних документів, виявлених під час огляду;

2.2. для створення копії інформації з метою зменшення ризику втрати інформації з первинного носія (виготовлення автономної копії-доказу з огляду на тактичну доцільність);

2.3. для видачі копії інформації особі, яка є володільцем цієї інформації та звернулася до слідчого з клопотанням про надання копії в порядку ч. 3 ст. 100 КПК

2.4. для долучення до кримінального провадження копії інформації з електронного носія інформації, замість оригінального електронного носія інформації, який за необхідності підлягає видачі особі, яка є володільцем носія та звернулася до слідчого з клопотанням про надання оригіналу цього носія в порядку ч. 3 ст. 100 КПК;

2.5. з метою збереження інформації, що міститься на електронному носії інформації, у зв'язку із виконанням ухвали слідчого судді про повернення носія інформації власнику;

2.6. для створення копії інформації (як частини матеріалів досудового розслідування), щодо якої прокурором в порядку ч. 3 ст. 217 КПК прийнято рішення про виділення матеріалів досудового розслідування в окреме провадження;

2.7. для створення копії інформації, отриманої за результатами проведення негласних слідчих (розшукових) дій для використання в порядку ст. 257 КПК;

2.8. для надання стороні захисту для ознайомлення та копіювання копії інформації замість оригіналу на етапі відкриття матеріалів кримінального провадження іншій стороні в порядку ст. 290 КПК.

3. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 159 КПК тимчасовий доступ до речей і документів здійснюється виключно шляхом зняття копії інформації, якщо доступ судом був наданий до електронних інформаційних систем або їх частин (комп'ютерів — прим. авт.) чи мобільних терміналів систем зв'язку (телефонів — прим. авт.).

4. Виготовлення копії інформації в електронній формі як резервної копії оригінальних примірників технічних носіїв інформації зафіксованої процесуальної дії передбачено в ч. 3 ст. 107 КПК. Резервні копії таких примірників дозволяється зберігати окремо від матеріалів кримінального провадження. Допустимість створених в такий спосіб резервних копій без участі спеціаліста визнається судом із врахуванням виключних підстав, передбачених п. 1 ч. 5 ст. 99 КПК, коли оригінал документа втрачений або знищений не з вини сторони, яка його надає. Описані ситуації утворюють систему процесуальних сценаріїв, що передбачають необхідність виготовлення копії електронної інформації або електронного носія інформації під час кримінального провадження [1097, с. 337].

Розроблена авторами система процесуальних сценаріїв у сукупності з розробленим алгоритмом прийняття рішень щодо вилучення електронних носіїв інформації під час обшуку, огляду [1098, с. 159–165] спрямована

1097 Каланча І. Г., Гаркуша А. М. Копія електронної інформації як доказ у кримінальному провадженні: процесуальний та технічний аспекти. Юридичний науковий електронний журнал, №8, 2021. С. 336–339. DOI: https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-8/77

1098 Гаркуша А. М., Каланча І. Г. Алгоритм прийняття рішень щодо вилучення електронних носіїв інформації під час обшуку. Кримінальна юстиція в Україні: реалії та перспективи : матеріали круглого столу (м. Львів, 11 червня 2021 р.). Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ., 2021. С. 159–165. URL: https://www.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/biblioteka/nauk_konf/11_06_2021.pdf

на забезпечення слідчих, прокурорів методологією ефективної оцінки оперативної обстановки щодо прийняття рішень у частині поводження з електронними носіями інформації. Якщо слідчим, прокурором за результатами аналізу оперативної обстановки під час проведення слідчих (розшукових) дій або з огляду на процесуальну необхідність прийнято рішення про здійснення копіювання інформації, що зберігається на електронних носіях інформації, для забезпечення можливості використання такої інформації як доказу під час кримінального провадження необхідне дотримання двох аспектів: процесуального та технічного. Процесуальний аспект полягає в дотриманні слідчим, прокурором вимог ч. 4 ст. 99 КПК щодо необхідності залучення спеціаліста, тобто дотримання наведеної нами попередньо формули. У даному аспекті варто зауважити, що формальне виконання вимоги КПК щодо залучення спеціаліста не гарантує тотожності копії інформації оригіналу. Залучений стороною обвинувачення спеціаліст повинен володіти необхідними знаннями та навичками у сфері інформаційних технологій та бути здатним правильно реалізувати процес копіювання, що має включати верифікацію (перевірку) цілісності та справжності інформації з наданням відповідних гарантій. Варто звернути увагу на окремі випадки формального виконання слідчими вимог ч. 4 ст. 99 КПК щодо залучення спеціаліста при копіюванні інформації, що має електронну форму, з одночасним недотриманням технічних аспектів щодо гарантування цілісності та справжності інформації, що може дискредитувати виготовлену копію [1099, с. 337–338].

Рис. 2. Типовий алгоритм дій під час вилучення електронного носія інформації

[1099] Каланча І. Г., Гаркуша А. М. Копія електронної інформації як доказ у кримінальному провадженні: процесуальний та технічний аспекти. Юридичний науковий електронний журнал, №8, 2021. С. 336–339. DOI: https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-8/77

1099

Наведена на Рис. 2 візуалізація відображає типовий алгоритм дій під час вилучення електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку в межах обшуку, що має безпосереднє значення для правильного визначення його правового статусу в кримінальному процесі. Першим етапом є *обшук*, який згідно зі ст. 234 КПК проводиться з метою виявлення та фіксації обставин вчинення кримінального правопорушення. На цьому носій інформації може бути виявлений як об'єкт, що потенційно містить докази. Другий етап — *вилучення* носія інформації, що реалізується в межах вимог ч. 7 ст. 236 КПК. Саме на цій стадії виникає необхідність визначити напрям подальшої процесуальної роботи з вилученим об'єктом, який є тимчасово вилученим майном. Наступний можливий крок — *визнання речовим доказом*, який є вимушеним кроком у разі потреби накладення *арешту* на носій інформації як тимчасово вилучене майно, відповідно до вимог ч. 1 ст. 170 КПК. Таким чином, «статус» речового доказу випливає не з процесуальної природи доказу, що має електронну форму, а є рішенням, спрямованим на збереження такого доказу в органу досудового розслідування (з метою дотримання норм КПК щодо накладення арешту на тимчасово вилучене майно).

Варто наголосити, що доказ, що має електронну форму, в частині цифрової інформації (комп'ютерних даних) є насамперед документом у розумінні ст. 84 КПК, з огляду на норми п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК. Відтак постає потреба в чіткому порівнянні режиму роботи щодо документів і речових доказів (як процесуальних джерел доказів) у контексті деяких процесуальних норм. Так, ст. 100 КПК встановлює різні вимоги до збереження доказів. Відповідно до ч. 2 цієї статті речові докази, які отримані або вилучені слідчим, прокурором, оглядаються, фотографуються та докладно описуються в протоколі огляду. Зберігання речових доказів стороною обвинувачення здійснюється в порядку, визначеному КМУ. Це відповідає природі матеріального об'єкта, що безпосередньо пов'язаний із подією злочину. Натомість ч. 3 ст. 100 КПК передбачає, що документ повинен зберігатися протягом усього часу кримінального провадження. За клопотанням володільця документа слідчий, прокурор, суд можуть видати копії цього документа, за необхідності — його оригінал, долучивши замість них до кримінального провадження завірені копії. Таким чином, режим поводження з документом передбачає формалізований підхід до його збереження, у той час як речовий доказ розглядається як об'єкт візуального та матеріального контролю.

У контексті ст. 236 КПК фіксується важлива відмінність у повноваженнях слідчого, прокурора під час обшуку. Частина 7 цієї статті надає право слідчому або прокурору оглядати й вилучати документи, тобто здійснювати безпосереднє процесуальне втручання без додаткових умов. Натомість відсутність аналогічного стану справ у цій самій нормі створює обмеження для негайного огляду носіїв інформації, що є речовими доказами, адже відповідна частина статті дозволяє «проводити вимірювання, фотографування, звуко- чи відеозапис, складати плани й схеми, виготовляти графічні зображення … окремих речей, виготовляти відбитки та зліпки, … тимчасово вилучати речі, які мають значення для кримінального провадження». Розглядаючи цю норму в ретроспективі, варто зазначити, що станом на жовтень 2015 року норма містила конструкцію «оглядати й вилучати речі і документи», тоді як Законом «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо окремих питань накладення арешту на майно з метою усунення корупційних ризиків при його застосуванні» № 769-VIII від 10.11.2015 пропонується «у першому реченні частини сьомої слова «речі і документи» замінити словами «документи, тимчасово вилучати речі»», що й створило існуючу на сьогодні ситуацію. Тобто конструкція ч. 7 ст. 236 КПК фактично не надає слідчому, прокурору право оглядати речі під час проведення обшуку.

Під час відкриття матеріалів кримінального провадження ст. 290 КПК встановлює обов'язок сторони обвинувачення надати іншій стороні доступ до матеріалів досудового розслідування. Відповідно до ч. 3 цієї статті прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином «будь-які речові докази або їх частини», а також «документи або копії з них». Порівняльний аналіз цієї норми свідчить про однакову вимогу щодо відкритості інформації, проте реалізація доступу до документа може бути здійснена шляхом надання копії, тоді як до речового доказу — безпосередньо, що потребує зокрема організаційних заходів для забезпечення їх безпеки, унеможливлення пошкодження або знищення.

У межах ст. 358 КПК, що регулює питання дослідження документів під час судового розгляду, ч. 3 встановлює, що якщо долучений до матеріалів кримінального провадження або наданий суду особою, яка бере участь у кримінальному провадженні, для ознайомлення документ викликає сумнів у його достовірності, учасники судового провадження мають право просити суд виключити його з-поміж доказів і вирішувати справу на підставі інших доказів або призначити відповідну експертизу

цього документа. Вказане ілюструє процесуальну процедуру, що надає можливість встановити правдивість відповідного доказу.

Отже, порівняння норм КПК демонструє, що документи й речові докази у кримінальному провадженні регулюються різними процесуальними підходами, що впливають на способи їх використання, доступу, зберігання й оцінки. Узгодження цих режимів щодо доказів, що мають електронну форму, та забезпечення цілісного підходу до їх нормативного оформлення є важливим елементом їх використання під час кримінального провадження.

Доцільно представити схему «Фізичне вилучення» на Рис. 3 як графічну візуалізацію складної структури співвідношення між фізичним об'єктом, що підлягає фактичному вилученню, та процесуальною ідентифікацією його окремих складових відповідно до положень КПК.

Ця схема відображає диференціацію об'єкта вилучення на три структурні складники:

Рис. 3. Схема «Фізичне вилучення»

1. Цифрова інформація (комп'ютерні дані) — це змістовна складова, що становить безпосередній процесуальний інтерес для цілей доказування. У цифровій формі ця інформація репрезентується у вигляді

бітових комбінацій (логічний код), що можуть бути ідентифіковані, зчитані, скопійовані або збережені. Ця інформація належатиме до такого процесуального джерела доказів як документ, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК як «комп'ютерні дані».

2. Носій інформації — фізичний пристрій або компонент комп'ютерної системи на якому зберігається відповідна цифрова інформація (наприклад, жорсткий диск, USB-накопичувач, мобільний телефон, сервер тощо). Цей носій не є об'єктом безпосереднього процесуального інтересу і виступає в ролі об'єкта, що забезпечує існування цифрової інформації у фізичному світі (наприклад, у разі традиційного документа таким об'єктом є папір). З огляду на норми п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК цей носій інформації може бути віднесено до такого процесуального джерела доказів як документ («носій інформації»). Однак такий носій інформації також є майном особи, в якої він вилучається (адже має певну ціну і цінність, тоді як ціною аркуша паперу для класичних документів можна знехтувати), і його потенційний процесуальний статус як тимчасово вилученого майна вимагатиме подальшого накладення арешту.

3. Фізична оболонка пристрою або комп'ютерної системи (за наявності) — елемент, що представляє матеріальну структуру пристрою або комп'ютерної системи, що підлягає вилученню в межах кримінального провадження. У такому разі йдеться про майно особи та його потенційний процесуальний статус як тимчасово вилученого майна, що вимагатиме подальшого накладення арешту.

Запропонована схема розмежовує матеріальну та нематеріальну сутність об'єкта вилучення, що має ключове значення для визначення його складових через призму процесуальних джерел доказів як документа або речового доказу.

Схема «Огляд та фіксація. Огляд та копіювання» на Рис. 4 (на с. 696) концептуально окреслює дві моделі фіксації доказів, що мають електронну форму, залежно від його походження та особливостей виявлення.

Лівий блок схеми відображає ситуацію, коли цифрова інформація безпосередньо походить із кіберпростору (зокрема, інтернет-ресурсів, хмарних сервісів, публічних реєстрів, відкритих профілів тощо). Така інформація підлягає огляду і фіксації — із використанням стандартних або спеціалізованих програмних та технічних засобів, релевантних методів (виготовлення скриншотів, експорт HTML, архівування тощо). Результатом такої фіксації стане цифрова інформація (комп'ютерні дані), що містить відомості, які мають значення для кримінального провадження, та належатиме до такого процесуального джерела доказів як документ, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК як «комп'ютерні дані».

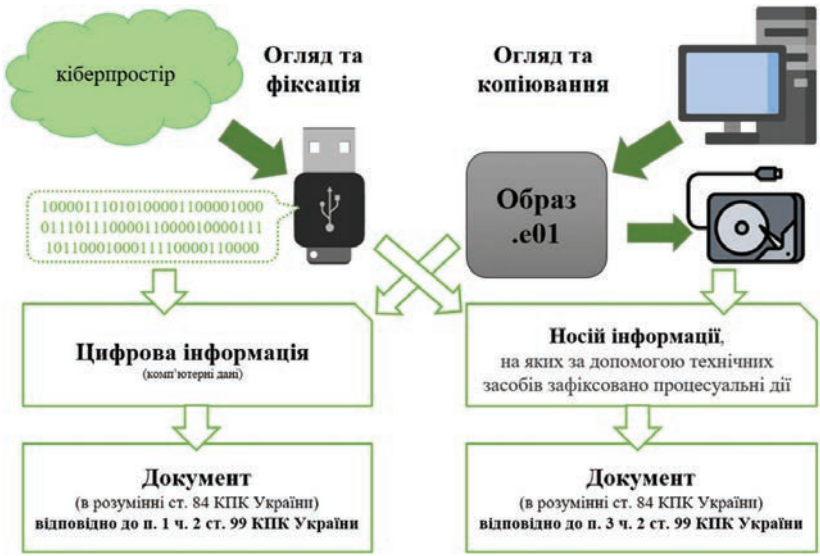


Рис. 4. Схема «Огляд та фіксація. Огляд та копіювання»

Правий блок схеми демонструє другу ситуацію — коли джерелом доказової інформації є комп'ютерна система, до якої був здійснений доступ у межах проведення слідчої (розшукової) дії, та під час цієї дії здійснено копіювання цифрової інформації шляхом створення образу носія інформації або ж криміналістичної (побітової) копії носія інформації (наприклад, у форматі .E01). Такий образ носія інформації належатиме до такого процесуального джерела доказів як документ, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК як «комп'ютерні дані». Водночас комп'ютерні дані, що здобуті під час такої фіксації, повинні отримати фізичну форму, а відтак під час відповідних слідчих (розшукових) дій вони фіксуються на носіях інформації, що належатимуть до такого процесуального джерела доказів як документ, відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 99 КПК як «носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії».

Тому носій інформації, на якому зафіксовані процесуальні дії, буде документом, адже не потребує врегулювання питання права власності на нього. Цей носій вже закуплений державою в особі органу досудового розслідування, так само як папір, на якому надруковано процесуальні документи. Коли ж носій інформації чи комп'ютерна система є власністю особи, необхідно встановити правовий режим щодо цієї власності, що наразі він реалізується через такий захід забезпечення

кримінального провадження, як арешт майна. Арешт майна можливий лише щодо речового доказу, оскільки законодавець не передбачив такої легальної ситуації, за якої право власності на майно може бути обмежене з інших підстав. А у цих випадках саме така ситуація виникає і її потрібно врегулювати.

Зокрема, необхідність утримання органом досудового розслідування цінного носія інформації або комп'ютерної системи має легальну мету у тому разі, коли програмна складова може функціонувати лише в цьому конкретному технічному середовищі (лише на цьому «залізі»). Така ситуація можлива, якщо ідентифікаційні дані технічного пристрою (чіп, процесор, матриця тощо) вбудовані в програмний код та є умовою розгортання системи (відомі приклади реалізації щодо фінансових програм підприємств для унеможливлення їх запуску на іншому технічному обладнанні у разі вилучення носія інформації з програмним кодом та даними підприємства). Також на практиці виявляються випадки, коли за результатами виготовлення криміналістичної копії носія інформації остання повністю не відбиває структуру даних, що відображаються на первинному пристрої. Вказане має місце при копіюванні даних деяких месенджерів, коли в структурі листування не відображаються окремі складники (зокрема, переслані повідомлення з інших чатів) або програмні особливості додатка не дозволяють скопіювати таке листування з можливістю адекватного відтворення. Однак таку ситуацію повинен встановити фахівець під час огляду носія інформації або комп'ютерної системи і вказати у своєму письмовому висновку. Лише тоді, на нашу думку, з'являється легальна підстава утримання цього цінного носія інформації чи комп'ютерної системи з огляду на його технічну невід'ємність від інформації. Вибуття з володіння органу досудового розслідування відповідного технічного елементу може призвести до втрати інформації чи її частини або унеможливлення її відтворення й подальшого використання як доказу в кримінальному провадженні. Тоді на це майно (носій інформації, технічний пристрій, комп'ютерну систему тощо) може бути встановлено правовий режим, що передбачає обмеження права власності в частині володіння та користування — арешт майна. У такому разі визначення речовим доказом електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, хоч і є вимушеним кроком на шляху реалізації процесуальної процедури арешту майна, має технічні та нормативні підстави.

Непоодинокою є практика визначення речовими доказами всіх без винятку носіїв інформації в кримінальному провадженні, в тому числі

CD-дисків з даними, що отримані за результатами тимчасового доступу до речей і документів у частині відомостей від операторів телекомунікацій, а також DVD-дисків з відеозаписом обшуку), що є нонсенсом. Останнє призводить лише до зобов'язання демонстрації стороні захисту оригіналів цих носіїв інформації під час відкриття матеріалів кримінального провадження в порядку ст. 290 КПК — як речових доказів, а не надання доступу до копій інформації, що на них зберігається — як документів. Це створює ризики недобросовісної поведінки окремих представників сторони захисту щодо умисного пошкодження носіїв інформації з метою знищення доказів, що подекуди зустрічається на практиці.

Поряд з процесуальними аспектами очевидною є необхідність дотримання технічного аспекту процесу копіювання інформації, значення якого важко переоцінити.

Для забезпечення технічного аспекту процесу копіювання інформації доцільно застосовувати ДСТУ ISO/IEC 27037:2017 (ISO/IEC 27037:2012, IDT) «Інформаційні технології. Методи захисту. Настанови для ідентифікації, збирання, здобуття та збереження цифрових доказів» (далі — ДСТУ ISO/IEC 27037:2017). Стандарт розрізняє процеси виготовлення фізичної або побітової копії (образу) електронних носіїв інформації (криміналістичне копіювання) та копії окремого електронного файлу (логічне копіювання).

Логічне копіювання — це технічна операція відтворення змістовної частини цифрової інформації, яка здійснюється у межах файлової системи шляхом копіювання лише активних, доступних користувачу файлів, без відображення повного (низькорівневого) контексту їх існування. Такий спосіб охоплює імена файлів, розширення, вміст, а також частину атрибутів, проте не включає такі важливі для доказування елементи потенційного доказу, що має електронну форму, як: метадані файлу, включно з точними мітками часу створення, останнього доступу та модифікації; службові таблиці (наприклад, *MFT* у файловій системі *NTFS*), що відображають фізичну локалізацію даних на носії; фрагменти стертих або переміщених файлів, які можуть бути відновлені лише у межах повного носія; інформація з прихованих розділів, системного резерву або не підмонтованих томів. Цей технічний процес реалізується за допомогою операції «копіювати» та «вставити», використовуючи буфер обміну або комбінацію клавіш «Ctrl+C» та «Ctrl+V», або ж через контекстне меню.

З огляду на це, використання методу логічного копіювання щодо доказу, який має електронну форму, не забезпечує відображення

структурної цілісності електронного носія інформації та середовища, в якому він існував, а лише окремого файлу(-ів).

Побітове копіювання носія інформації або ж створення криміналістичної (побітової) копії (образу носія інформації) є технічно значно складнішим.

Криміналістична (побітова) копія — це точна технічна репліка фізичної структури електронного носія інформації, що створюється шляхом побітового копіювання. Цей процес охоплює зчитування вмісту носія на секторному рівні, незалежно від наявності або видимості файлів у файловій системі. Під час описуваного процесу забезпечується повне збереження змістовної й технічної інформації: метаданих, слідів цифрової активності, а також елементів файлової служби — зокрема таблиць розміщення файлів, як-от *Master File Table* (*MFT*) на *NTFS*. У копію також включаються дані з кошика, фрагменти частково стертих файлів, інформація з прихованих розділів, системних томів та вільного простору носія. Досліджуваний підхід дозволяє зберегти не лише видимий обсяг даних (як при логічному копіюванні), але й неактивні чи видалені фрагменти чи артефакти. Цим способом створюється *forensics images*, що є галузевим стандартом у цифровій криміналістиці.

При виготовленні копії конкретного файлу здійснюється копіювання конкретного блоку електронної інформації з визначеним ім'ям, розміром та атрибутами. У разі виготовлення фізичної (побітової) копії електронного носія інформації копіюються послідовно всі інформаційні блоки носія інформації, що призначені для зберігання даних (від першого до останнього біта). Створення такої копії є створенням образу інформації з електронного носія інформації, що є тотожним оригінальному електронному носію інформації. Тобто, наприклад, при виявленні під час обшуку інформаційної системи з вбудованим електронним носієм інформації загальною місткістю 64 гігабайти та записаною на ньому інформацією об'ємом 12 гігабайтів при копіюванні лише наявних файлів отримаємо 12 гігабайтів даних, а при виготовленні фізичної копії електронного носія інформації — 64 гігабайти. Крім того, при наступному дослідженні фізичної копії електронного носія інформації можливо відновити видалені електронні дані, що не виявлені первинним оглядом електронного носія інформації, який проведений лише в частині наявних файлів.

У кримінальному провадженні криміналістична копія є єдиним технічно обґрунтованим способом відтворення повного цифрового середовища, що забезпечує автентичність, повторюваність результатів аналізу та процесуальну допустимість отриманої інформації. Вона надає змогу

зберегти стан носія інформації на момент слідчої дії і дозволяє багаторазове дослідження без ризику зміни первинного об'єкта.

Для створення криміналістичних образів (фізичних або побітових копій) електронних носіїв інформації застосовуються спеціалізовані програмні засоби, що забезпечують зчитування даних на найнижчому рівні з одночасним контролем цілісності інформації та фіксацією відповідного технічного контексту. Такий підхід дозволяє відтворити не лише вміст файлів, але й службові структури файлової системи, включно з метаданими, залишковими даними (*slack space*), видаленими фрагментами та інформацією з непідмонтованих розділів.

Серед поширених програмних рішень виділяють: *dd* (UNIX/Linux); *FTK Imager* (AccessData); *EnCase Forensic* (OpenText). Окрім програмного забезпечення, при створенні криміналістичних копій має бути обов'язково використано апаратний *write-blocker*, який унеможливлює внесення змін до вихідного носія під час зчитування. Це є критично важливою умовою збереження автентичності оригінального джерела даних та дотримання вимог допустимості у кримінальному провадженні.

Таким чином, вибір інструментів копіювання має базуватись на стандартах збереження цілісності цифрових доказів, їх повторюваності та юридичній достовірності в умовах кримінального процесуального використання.

Отже, побітове копіювання носія інформації є оптимальним способом здобуття доказів щодо забезпечення їх цілісності під час кримінального провадження. Логічне копіювання фіксує лише доступні дані, що необхідно враховувати та релевантно застосовувати під час фіксації доказів.

Наведений приклад ілюструє важливість розуміння технічного аспекту роботи з електронними даними під час кримінального провадження та необхідність забезпечення систематичного навчання та підвищення кваліфікації слідчих, прокурорів щодо роботи з доказами, що мають електронну форму.

ДСТУ ISO/IEC 27037:2017 детально визначають умови, за яких копіювання інформації для використання в юридичних процедурах може вважатися надійним і допустимим з технічного погляду. Загалом варто виділити дві вимоги: 1) недопустимість внесення змін до первинної інформації, що є об'єктом копіювання, до початку копіювання, під час та після його проведення. Одним з варіантів є підключення електронних носіїв інформації до комп'ютера спеціаліста чи слідчого здійснюється в режимі «тільки читання», наприклад, із використанням пристрою блокування запису; 2) верифікація (перевірка) копії

інформації шляхом гешування первинної інформації, копії інформації та порівняння отриманих геш-значень. Це забезпечує можливість математично перевірити та підтвердити цілісність і справжність копії інформації, записаної на цільовий електронний носій інформації [1100, с. 7].

Як слушно зауважують Яромір Вебер та Зденек Смутни (2015), стандарт ISO/IEC 27037:2012 у декількох місцях вказує на необхідність обрахування контрольних сум для перевірки цілісності даних, але при цьому недостатньо наголошено, що ці значення, отримані під час гешування, мають бути зафіксовані безпосередньо у протоколі процесуальної дії. Виконання цієї вимоги здатне забезпечити перевірку зібраних доказів на цілісність та справжність [1101, с. 297]. Запровадження такої практики національними органами досудового розслідування матиме позитивний вплив.

Гешування — надійний метод підтвердження цілісності доказів, що мають електронну форму. П. 7.1.3.1.2 ДСТУ ISO/IEC 27037:2017 вказує на необхідність обчислення та документування геш-значень (рядок бітів, яка є виходом геш-функції) [1102, с. 2, 21] потенційних цифрових доказів. Цей невідомий переважній більшості правників термін надає учасникам кримінального процесу унікальні можливості гарантування цілісності доказів в електронній формі [1103, с. 73].

Геш-функція *(хеш, геш та hash застосовуються в даній роботі як тотожні поняття — прим. авт.)* являє собою функцію, математичну або іншу, що отримує на вхід рядок змінної довжини і перетворює його в рядок фіксованої, зазвичай меншої, довжини. Такі перетворення ще називають функціями згортки, а їх результати — гешем, геш-значенням

[1100] ДСТУ ISO/IEC 27037:2017 (ISO/IEC 27037:2012, IDT) Інформаційні технології. Методи захисту. Настанови для ідентифікації, збирання, здобуття та збереження цифрових доказів. Чинний від 2019.01.01. Київ : УкрНДНЦ, 2018. VI, 31 с.

[1101] Veber J. & Smutny Z. Standard ISO 27037:2012 and Collection of Digital Evidence: Experience in the Czech Republic. 14th European Conference on Cyber Warfare & Security, Hatfield, UK, 2–3 July 2015. P. 294–299. URL: https://surl.li/jmqnlh

1101

[1102] ДСТУ ISO/IEC 27037:2017 Інформаційні технології. Методи захисту. Настанови для ідентифікації, збирання, здобуття та збереження цифрових доказів (ISO/IEC 27037:2012, IDT). Київ, ДП «УкрДНЦ», 2018. 31 с.

[1103] Каланча І. Г. Способи ідентифікації комп'ютерних даних як доказу в кримінальному провадженні. ІІІ Наукові читання пам'яті Ганса Гросса : збірник тез міжнародної науково-практичної конференції (м. Чернівці, 08 грудня 2023 р.). Чернівці : Чернівец. нац. У-нт. ім. Ю. Федьковича, 2023. С. 71–75. URL: https://www.ndekc.cv.ua/wp-content/uploads/2024/03/III-Naukovi-chytannya-pam-yati-Gansa-Grossa.pdf

1103

або дайджестом повідомлення. Алгоритм гешування — це послідовність математичних перетворень, в результаті яких з деякої двійкової послідовності змінної довжини отримується унікальна двійкова послідовність фіксованої довжини. Практично усі геш-функції працюють за одним і тим самим принципом. Вхідне значення (повідомлення, файл тощо) розглядається як послідовність n-бітних блоків. Кожен блок обробляється послідовно один за визначеним алгоритмом гешування, а в результаті обробки останнього блоку отримується m-бітове геш-значення. Застосування геш-функцій : перевірка цілісності повідомлень та файлів — порівнюючи геш-значення повідомлень, обчислені до та після надсилання, можна визначити, чи були внесені будь-які зміни до повідомлення або файлу; верифікація пароля — паролі користувачів зберігаються у базі даних не у відкритому вигляді, а у вигляді гешів та не можуть бути відновлені зі збережених геш-значень; генерація і перевірка цифрового підпису — обчислення гешу дозволяє виявити найменші зміни у документі та перевірити дійсність підпису [1104, с. 86].

Якщо намагатися не вдаватись до складної технічної термінології, то гешування (hashing) можна охарактеризувати як технічний процес, заснований на математичному алгоритмі, що перетворює вхідні цифрові (комп'ютерні) дані (бітовий рядок даних, одиниці та нулі) у вихідний рядок даних фіксованого розміру (геш-значення або геш-суму).

ДСТУ ISO/IEC 27037:2017 встановлює, що функції верифікації зазвичай застосовують з використанням геш-функцій, таких як MD5, SHA1 тощо, але може бути використано інші методи [1105, с. 3]. SHA-256 є окремим випадком геш-функції із сімейства криптографічних геш-функцій SHA-2 (*Secure Hash Algorithm Version 2*), опублікованим АНБ США у 2002 році. У грудні 2014 р. прийнято національний стандарт ДСТУ 7564:2014 (введений в дію 01.04.2015), що базується на криптографічній функції гешування «Купина». Ключовою для нас властивістю криптографічної геш-функції є відсутність колізій (унікальність геша) [1106, с. 87–88]. Це дозволяє виявити найменші зміни у комп'ютерних даних, тобто забезпечити підтвердження його незмінності та цілісності при збігові геш-значень в протоколі з геш-значеннями досліджуваних

[1104] Щур Н. О., Покотило О. А. Основи криптології: навч. посібник. Житомир : Державний університет «Житомирська політехніка», 2021. 120 с.

[1105] ДСТУ ISO/IEC 27037:2017 Інформаційні технології. Методи захисту. Настанови для ідентифікації, збирання, здобуття та збереження цифрових доказів (ISO/IEC 27037:2012, IDT). Київ, ДП «УкрДНЦ», 2018. 31 с.

[1106] Щур Н. О., Покотило О. А. Основи криптології : навч. посібник. Житомир : Державний університет «Житомирська політехніка», 2021. 120 с.

комп'ютерних даних, адже це свідчить про їх ідентичність на бутовому рівні [1107, с. 74].

Ключовими характеристиками гешування є: *незворотність* — математична неспроможність обчислити первинні дані, маючи лише геш-значення. Це перетворення є одностороннім, тобто на основі геш-значення неможливо відновити початковий набір даних, відтак унеможливлює підробку геш-значення шляхом підбору змісту; *детермінованість* гарантує, що для однакових вхідних даних результат гешування завжди буде ідентичним, що дозволяє використовувати геш-значення як стабільний індикатор цілісності; *унікальність* (колізійна стійкість) передбачає, що ймовірність утворення однакового геш-значення для двох різних наборів даних є статистично мізерною.

У комп'ютерній криміналістиці заведено використовувати однобічну геш-функцію як основну технологію, з використанням якої здійснюється ідентифікація комп'ютерних даних і перевіряється їх цілісність. Ця технологія дає змогу зафіксувати логічний (внутрішній) стан комп'ютерних даних будь-якої ємності через створення короткого цифрового відбитку (геш-коду), який можна письмово відтворити в документах.

Дослідники-криптологи розробили чимало алгоритмів геш-функцій, які реалізовані в комп'ютерних програмах різного призначення. Програмне забезпечення, яке використовується в криміналістичному дослідженні комп'ютерних даних, зазвичай надає можливість оператору обрати геш-функцію для використання. Водночас вибір конкретного алгоритму здійснює особа, яка досліджує комп'ютерні дані, і тому такий вибір має бути усвідомленим [1108, с. 89].

Геш-функцією називають функцію, яка відображає рядок бітів довільної довжини (наприклад, файл) у рядок бітів фіксованої довжини (геш-код) і задовольняє дві умови, що наведені далі [1109]:

[1107] Каланча І. Г. Способи ідентифікації комп'ютерних даних як доказу в кримінальному провадженні. ІІІ Наукові читання пам'яті Ганса Гросса : збірник тез міжнародної науково-практичної конференції (м. Чернівці, 08 грудня 2023 р.). Чернівці : Чернівец. нац. У-нт. ім. Ю.Федьковича, 2023. С. 71–75. URL: https://www.ndekc.cv.ua/wp-content/uploads/2024/03/III-Naukovi-chytannya-pam-yati-Gansa-Grossa.pdf

1107

[1108] Гаркуша А. М. Використання геш-функції для ідентифікації комп'ютерних даних та перевірки їх цілісності. Криміналістика та судова експертиза: сучасний стан і перспективи розвитку : матеріали всеукр. наук.-практ. конференції (м. Київ, 05 грудня 2024 р.) / відп. упоряд. : Ковальов К. М., Гуріна Д. П., Воробйова О. П., Житник Н. С., Чміленко О. П., Савчук Г. К. Київ : ДНДЕКЦ МВС України,2024. С. 89–93.

1109

[1109] ETSI TS 119 312 V1.4.3 (2023-08). Electronic Signatures and Infrastructures (ESI); Cryptographic Suites. Official edition. 2023. URL: https://www.etsi.org/deliver/etsi_ts/119300_119399/119312/01.04.03_60/ts_119312v 010403p.pdf

маючи лише геш-код, не можна через засіб обчислення знайти будь-який набір даних, який продукує цей геш-код;

маючи конкретний набір даних, не можна через засіб обчислення знайти інший відмінний набір даних, який продукує такий самий геш-код, що й перший набір [1110, с. 90].

Геш-функції, алгоритми яких відповідають згаданим умовам, уважаються такими, що характеризуються стійкістю до обчислення як прообразу (дійсного набору даних, з якого обчислено геш-код) та другого прообразу (будь-якого іншого, відмінного від дійсного, набору даних, який продукує такий самий геш- код, як і дійсний набір). У теорії криптографії геш-функції, які є стійкими до обчислення прообразу та другого прообразу, називають простими (або слабкими) геш-функціями. Прості геш-функції можуть бути використані в механізмах забезпечення цілісності даних із метою перевірки, що дані не були змінені несанкційовано.

На відміну від простих геш-функцій є стійкі до колізій геш-функції, які мають задовольняти додатково і третю умову, — не можна через засіб обчислення знайти два різних набори даних, які продукують однаковий геш-код [1111]. Такі стійкі до колізій геш-функції називаються сильними, і їх можна використовувати як у механізмах забезпечення цілісності даних, так і в системах автентифікації з цифровим підписом. На противагу сильним геш- функціям, прості геш-функції не використовуються в технології цифрового підпису через загрозу умисного створення колізій, де один і той самий цифровий підпис буде дійсний для двох різних наборів даних. Алгоритми геш-функцій зазвичай мають короткі найменування, за якими їх ідентифікують, наприклад, MD5, RIPEMD-160, RIPEMD-128, SHA-1, SHA-256, SHA3-512, Купина-512 тощо.

Гешування під час кримінального провадження виконує функцію цифрового ідентифікатора об'єкта, що зафіксовано у конкретний момент часу. Будь-яка зміна, навіть мінімальна, у структурі або вмісті цифрового об'єкта змінює його геш-значення, що дозволяє точно встановити факт цілісності або його порушення. У кримінальному провадженні

[1110] Гаркуша А. М. Використання геш-функції для ідентифікації комп'ютерних даних та перевірки їх цілісності. Криміналістика та судова експертиза: сучасний стан і перспективи розвитку : матеріали всеукр. наук.-практ. конференції (м. Київ, 05 грудня 2024 р.) / відп. упоряд. : Ковальов К. М., Гуріна Д. П., Воробйова О. П., Житник Н. С., Чміленко О. П., Савчук Г. К. Київ : ДНДЕКЦ МВС України,2024. С. 89–93.

1111

[1111] ETSI TS 119 312 V1.4.3 (2023-08). Electronic Signatures and Infrastructures (ESI); Cryptographic Suites. Official edition. 2023. URL: https://www.etsi.org/deliver/etsi_ts/119300_119399/119312/01.04.03_60/ts_119312v 010403p.pdf

це надає можливість контролювати незмінність доказу, що має електронну форму з моменту його вилучення до представлення й дослідження під час судового розгляду.

Отже, обрахування геш-сум комп'ютерних даних та їх фіксації в протоколі забезпечує підтвердження цілісності комп'ютерних даних на всіх стадіях кримінального провадження та має застосовуватися як спосіб ідентифікації комп'ютерних даних при виконанні вимог п. 3 ч. 3 ст. 104 КПК.

Виготовлення копії інформації з дотриманням визначених у ДСТУ ISO/IEC 27037:2017 процедур та наведенням гарантій цілісності та справжності забезпечує можливість повторно перевірити й підтвердити цілісність та справжність копії інформації будь-яким технічним фахівцем у будь-який час, що створює переконливий та технічно досконалий для сторони обвинувачення доказ.

За умови дотримання стороною обвинувачення процесуальних та технічних аспектів при виготовленні копії інформації в електронній формі, утворюються унікальні умови гарантування цілісності та справжності даних копії, а відповідно — збирання допустимого доказу. Копія електронної інформації вже сьогодні є дієвим інструментом доказування за умови дотримання процесуальних та технічних аспектів її виготовлення.

Водночас з метою розширення практики використання копії електронної інформації як доказу в кримінальному провадженні, підвищення ефективності та забезпечення дотримання процесуальної процедури, пропонується вжити ряд адміністративних та організаційних заходів, серед яких:

– систематичне навчання та підвищення кваліфікації слідчих, прокурорів щодо роботи з доказами, що мають електронну форму;

– забезпечення органів досудового розслідування базовими технічними засобами (апаратними та програмними), призначеними для роботи з електронними носіями інформації;

– створення в системі правоохоронних органів структурно та процесуально незалежних від органу досудового розслідування криміналістичних лабораторій, що спеціалізуються на роботі з доказами, що мають електронну форму, працівників яких може бути залучено як спеціалістів при проведенні слідчих (розшукових) дій для роботи з доказами, що мають електронну форму (за прикладом позитивного досвіду НАБУ);

– інформування суддів щодо технічних аспектів роботи з доказами, що мають електронну форму, при проведенні спільних наукових та науково-практичних заходів, зокрема, із залученням Національної

школи суддів України та міжнародних партнерів. Окрім того, необхідні системні зміни у підході до копії електронної інформації як доказу в кримінальному провадженні, що передбачають гарантування цілісності та справжності інформації не «церемоніальним» залученням спеціаліста, а наданням гарантій незмінності первинної інформації з урахуванням вимог ДСТУ ISO/IEC 27037:2017. З огляду на це ч. 4 ст. 99 КПК пропонуємо доповнити нормою щодо обов'язку спеціаліста підтвердити цілісність і справжність створеної копії інформації. Системний підхід до вдосконалення кримінальної процесуальної процедури та практики застосування в частині розширення можливостей використання копії інформації як доказу в кримінальному провадженні сприятиме ефективному збиранню доказів, забезпеченню прав як безпосередніх учасників кримінального провадження, так і осіб, на яких може вплинути вилучення електронних носіїв інформації та інформаційних систем, мінімізації впливу кримінальних процесуальних процедур на бізнес-процеси.

Разом з комп'ютерними даними під час проведення слідчих (розшукових) дій може бути виявлено не просто комп'ютерні дані чи носії інформації, а саме електронні документи в розумінні Закону «Про електронні документи та електронний документообіг», що підписані електронним підписом. Порядок поводження з ними має свої особливості.

Під час досудового розслідування кримінальних правопорушень сторони провадження можуть вільно збирати електронні документи через їх копіювання, а під час судового розгляду — надавати суду їх примірники як докази, при цьому допустимість будь-якого й кожного примірника електронного документа визначається за правилами ч. 3 ст. 99 КПК як надання оригіналу документа за умови підтвердження електронного підпису. Під час збирання доказів у стадії досудового розслідування сторони кримінального провадження можуть копіювати електронні документи (в розумінні Закону «Про електронні документи та електронний документообіг») без залучення спеціаліста у сфері інформаційних технологій. Це стосується і випадку, коли стороні обвинувачення потрібно отримати електронний документ, який міститься на носії комп'ютерних даних у володінні інших осіб. За умови дотримання порядку проведення відповідної процесуальної дії (тимчасового доступу до речей і документів, обшуку, огляду тощо) слідчий, прокурор можуть скопіювати електронний документ самостійно.

Згідно з ч. 2 ст. 7 Закону «Про електронні документи та електронний документообіг», у разі надсилання електронного документа кільком адресатам або його зберігання на кількох електронних носіях

інформації кожний з електронних примірників вважається оригіналом електронного документа[1112]. Відтак обов'язок суду розглядати копії комп'ютерних даних як оригінал документа стосовно примірників електронних документів (в розумінні Закону «Про електронні документи та електронний документообіг») виникає у зв'язку з властивостями електронного документа і не потребує для досягнення такого правового наслідку (виникнення вказаного вище обов'язку суду) залучення спеціаліста з метою виконання умов порядку копіювання неспецифічних комп'ютерних даних, установленого ч. 4 ст. 99 КПК.

Варто зазначити, що копіювання електронних документів слідчим, прокурором самостійно тактично допустимо лише у разі, коли є змога перед копіюванням електронного документа встановити його цілісність через перевірку та підтвердження електронного підпису. Якщо ж за результатами перевірки електронного підпису такий підпис підтверджено, документ в електронній формі, до якого належить підпис, слід уважати електронним документом, цілісність і справжність якого доведено. У протилежному випадку для копіювання комп'ютерних даних слід залучити спеціаліста в галузі інформаційних технологій. Спеціаліст може бути залучений слідчим, прокурором до копіювання електронних документів також у разі потреби надання безпосередньої технічної допомоги, наприклад, через складність комп'ютерної системи, до якої здійснюється доступ, несправність носія комп'ютерних даних, необхідність перевірки електронних підписів на місці тощо [[1113], с. 75].

Зазначене свідчить про те, що під час роботи з електронними документами, зокрема тими, що містять кваліфікований електронний підпис, процесуальні дії можуть здійснюватися слідчим або прокурором самостійно, за умови наявності технічної можливості перевірки справжності підпису й цілісності документа. За відсутності таких умов або у разі ускладнень, пов'язаних з доступом, копіюванням чи технічними несправностями, доцільно залучати спеціаліста. Таким чином, електронні документи із підтвердженою автентичністю можуть бути включені до процесуального обігу як докази без спеціальних процедур криміналістичного аналізу, що значно спрощує їх використання під час кримінального провадження.

[1112] Про електронні документи та електронний документообіг : Закон від 22.05.2003 № 851-IV (зі змін. і доп.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text

[1113] Гаркуша А. М. Допустимість і достовірність електронних документів у кримінальному провадженні. Теоретико-прикладні проблеми юридичної науки на сучасному етапі реформування кримінальної юстиції : збірник тез Міжнародної науково-практичної конференції (м. Хмельницький, 10 травня 2024 року). С. 73–77.

Разом із тим, з огляду на стрімку цифровізацію кримінального процесу, все частіше докази, що мають електронну форму, виявляються не на фізичних носіях, а у віддалених віртуальних середовищах, зокрема хмарних платформах, акаунтах користувачів, сервісах онлайнових комунікацій та цифрових інфраструктурах, що не мають прив'язки до певного технічного пристрою. Така трансформація переміщує фокус слідчої діяльності у сферу віртуального простору, що функціонує за власною логікою та вимагає окремого методичного і правового підходу. У цьому контексті пошук, фіксація та збирання цифрових слідів у кіберсередовищі перетворюється на самостійний напрям розслідування, що потребує спеціалізованого інструментарію.

Пошук цифрової інформації у віртуальному просторі становить окремий напрям слідчої діяльності, що значно відрізняється від традиційних форм збору доказів у фізичному середовищі. Основним викликом цього процесу є невидимість та розпорошеність цифрових слідів, що можуть зберігатися на серверах, розміщених у різних юрисдикціях, або у хмарних середовищах без очевидної фізичної прив'язки до території. У зв'язку з цим процесуальна діяльність щодо виявлення та фіксації таких даних вимагає спеціалізованого технічного і правового підходу.

Найчастіше об'єктами пошуку є хмарні сховища (*Google Drive, Dropbox, OneDrive* тощо), облікові записи електронної пошти, особисті кабінети в платформах цифрових послуг, акаунти в соціальних мережах, месенджерах та інших засобах онлайн-комунікації. Слідчий має ідентифікувати технічні характеристики акаунтів (ідентифікатори користувача, IP-адреси, пов'язані номери телефонів, адреси електронної пошти), що дозволяє встановити потенційний вектор доступу до відповідної інформації.

Фундаментальною особливістю цифрового середовища є фактична розмитість державних кордонів. Інформація, що використовується особою в Україні, може одночасно зберігатися, оброблятися або бути резервованою на серверах у десятках інших держав. Це зумовлює необхідність переосмислення традиційних процесуальних категорій, заснованих на принципі територіальності, та вимагає формування нових механізмів транскордонної співпраці й обміну доказами в цифрову епоху.

Кіберпростір дедалі більше домінує над традиційною територією, взаємовідносини всього людства переходять у віртуальний простір. Злочинність також цифровізується, тож віртуальна територія вже звично сприймається як правоохоронцями, так і вченими територією (місцем) вчинення злочинів. Однак питання кіберпростору як території проведення досудового розслідування досі не досліджувалося українськими вченими

комплексно. Також кіберпростір потенційно містить докази кримінальних правопорушень, вчинення яких пов'язане з віртуальною взаємодією. Отже, сьогодні кіберпростір є територією проведення досудового розслідування для значної кількості кримінальних правопорушень [1114, с. 116].

Відповідно до абз. 12 ст. 1 Закону «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України», кіберпростір — середовище (віртуальний простір), яке дає можливості для здійснення комунікацій та/або реалізації суспільних відносин, утворене в результаті функціонування сумісних (з'єднаних) комунікаційних систем та забезпечення електронних комунікацій з використанням мережі Інтернет та/або інших глобальних мереж передачі даних [1115].

Кіберпростір складається із чотирьох рівнів: інфраструктурного, фізичного, синтаксичного й семантичного. Інфраструктурний рівень складається з радіоелектронної апаратури, ліній зв'язку, супутників, комп'ютерних мереж тощо. Фізичний рівень складається з усього того, що належить до ЕМС — електронів, фотонів, частот і т. п. — рівня, що дає життя інфраструктурному. Синтаксичний рівень складається з формату інформації й правил, що направляють і контролюють інформаційні системи, що утворюють кіберпростір. Семантичний рівень складається з інформації, корисної й зрозумілої користувачеві — людині й, по суті, є зв'язкою кібернетичного й когнітивного [1116, с. 98].

При цьому фізичні елементи кіберпростору можуть бути територіально розміщені в різних містах чи навіть країнах, як і злочинці, що використовують можливості глобальної мережі. Варто звернути увагу, що це стосується не виключно кіберзлочинів, а також численних майнових, службових, корупційних та інших видів кримінальних правопорушень, докази який часто мають електронну форму і зберігаються у віртуальному середовищі.

[1114] Каланча І. Г. Кіберпростір як територія проведення досудового розслідування. Права людини в умовах воєнного стану в Україні: до тижня права і 75-річчя Загальної декларації прав людини: зб. наук. праць за матер. Круглого столу, Київ, 7 грудня 2023 р. / редкол. : А. Ю. Нашинець-Наумова, Г. П. Власова, С. В. Бобровник, Т. О. Дідич, Н. А. Сергієнко, А. П. Чернега. Київ : Київ. стол. ун-т ім. Б. Грінченка, 2024. С. 115–119. https://kubg.edu.ua/struktura/pidrozdili/yurydychna-klinika-astreya/zakhody/8438-ikh-kruhlyi-stil-pravaliudyny-v-umovakh-voiennoho-stanu-v-ukraini.html

[1115] Про основні засади забезпечення кібербезпеки України : Закон від 05.10.2017. № 2163-VIII (зі змін. і доп.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19#Text

[1116] Sheldon, John B. "Deciphering Cyberpower: Strategic Purpose in Peace and War." Strategic Studies Quarterly, vol. 5, no. 2, 2011, pp. 95–112. JSTOR. URL: http://www.jstor.org/stable/26270559. Accessed 23 Jan. 2024

1114

1115

1116

Такий транскордонний (в територіальному аспекті) характер кіберпростору передбачає особливості правового регулювання проведення досудового розслідування, що вже реалізовані на міжнародному рівні [1117, с. 116].

Базовим документом у цьому питанні є Конвенція РЄ про кіберзлочинність від 23.11.2001 та Додатковий протокол до неї від 28.01.2003, ратифікована ВРУ у 2005 р. із застереженнями та заявами. Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конвенції про кіберзлочинність, кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для забезпечення того, щоб у разі коли її компетентні органи здійснюють обшук або подібний доступ до конкретної комп'ютерної системи або її частини відповідно до підпункту 1.а і мають підстави вважати, що дані, які розшукуються, зберігаються в іншій комп'ютерній системі чи частині, яка знаходиться на її території, і до таких даних можна здійснити законний доступ з першої системи чи вони є доступними першій системі, такі компетентні органи мали право терміново поширити обшук або подібний доступ на іншу систему [1118, с. 1].

Вважаємо, що дана норма передбачає можливість «розширення» обшуку з конкретної комп'ютерної системи або її частини на території певної держави (що здійснюється відповідно до встановленої процедури) на інші комп'ютерні системи чи її частини, що перебувають на території цієї ж держави. Вказане є логічним та не порушує територіального суверенітету інших держав, на території яких можуть перебувати фізичні елементи інформаційних систем, на яких зберігаються відомості [1119, с. 117].

1117

[1117] Каланча І. Г. Кіберпростір як територія проведення досудового розслідування. Права людини в умовах воєнного стану в Україні: до тижня права і 75-річчя Загальної декларації прав людини : зб. наук. праць за матер. Круглого столу, Київ, 7 грудня 2023 р. / редкол. : А. Ю. Нашинець-Наумова, Г. П. Власова, С. В. Бобровник, Т. О. Дідич, Н. А. Сергієнко, А.П. Чернега. Київ : Київ. стол. ун-т ім. Б. Грінченка, 2024. С. 115–119. https://kubg.edu.ua/struktura/pidrozdili/yurydychna-klinika-astreya/zakhody/8438-ikh-kruhlyi-stil-prava-liudyny-v-umovakh-voiennoho-stanu-v-ukraini.html

1118

[1118] Про кіберзлочинність : Конвенція Ради Європи (Ратифікована із застереженнями і заявами Законом від 07.09.05 р. № 2824-IV (2824-15). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575#Text

[1119] Каланча І. Г. Кіберпростір як територія проведення досудового розслідування. Права людини в умовах воєнного стану в Україні: до тижня права і 75-річчя Загальної декларації прав людини : зб. наук. праць за матер. Круглого столу, Київ, 7 грудня 2023 р. / редкол. : А. Ю. Нашинець-Наумова, Г. П. Власова, С. В. Бобровник, Т. О. Дідич, Н. А. Сергієнко, А.П. Чернега. Київ : Київ. стол. ун-т ім. Б. Грінченка, 2024. С. 115–119. https://kubg.edu.ua/struktura/pidrozdili/yurydychna-klinika-astreya/zakhody/8438-ikh-kruhlyi-stil-prava-liudyny-v-umovakh-voiennoho-stanu-v-ukraini.html

Законом «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та Закону «Про електронні комунікації» щодо підвищення ефективності досудового розслідування «за гарячими слідами» та протидії кібератакам» від 15.03.2022 № 2137-IX, ч. 6 ст. 236 КПК доповнено абзацом 2, відповідно до якого, якщо під час обшуку слідчий, прокурор виявив доступ чи можливість доступу до комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, для виявлення яких не надано дозвіл на проведення обшуку, але щодо яких є достатні підстави вважати, що інформація, що на них міститься, має значення для встановлення обставин у кримінальному провадженні, прокурор, слідчий має право здійснити пошук, виявлення та фіксацію комп'ютерних даних, що на них міститься, на місці проведення обшуку. Наведена норма мала б закріплювати в національному законодавстві можливість «розширеного обшуку», що передбачена в ч. 2 ст. 19 Конвенції про кіберзлочинність. Водночас з огляду на лінгвістичну конструкцію, що сформульована в абз. 2 ч. 6 ст. 236 КПК, її зміст можна тлумачити по-різному [1120, с. 117].

У вузькому значенні абз. 2 ч. 6 ст. ст. 236 КПК можна трактувати в розумінні ч. 2 ст. 19 Конвенції про кіберзлочинність, поширюючи можливість проведення слідчої (розшукової) дії на комп'ютерні дані, що містяться в комп'ютерних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку, розташованих на території України. Однак відповідна норма не передбачає такої конкретизації. Фактично, національний законодавець передбачив дві умови: а) якщо є достатні підстави вважати, що інформація, що на них міститься, має значення для встановлення обставин у кримінальному провадженні» та б) проведення такого пошуку на місці проведення «легального» обшуку, тобто за адресою, що визначена у відповідній ухвалі слідчого судді / суду. Таке тлумачення корелюється з нормами ч. 2 ст. 19 Конвенції про кіберзлочинність щодо територіального аспекту поширення проведення відповідної слідчої (розшукової) дії [1121, с. 117–118].

У широкому розумінні абз. 2 ч. 6 ст. ст. 236 КПК можна трактувати поза контекстом ч. 2 ст. 19 Конвенції про кіберзлочинність, поширюючи можливість проведення слідчої (розшукової) дії (так званого «розширеного» обшуку) на комп'ютерні дані, що містяться в комп'ютерних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку, що розташовані будь-де у світі. Такий підхід можливий з огляду на відсутність

[1120] Каланча І. Г. Кіберпростір як територія проведення досудового розслідування. Там само.

[1121] Каланча І. Г. Кіберпростір як територія проведення досудового розслідування. Там само.

«територіальних» обмежень на поширення проведення відповідної слідчої (розшукової) дії в даній нормі. Безумовно, застосування правоохоронцями такого підходу суттєво б спростило проведення відповідної слідчої (розшукової) дії та підвищило її ефективність. Але це, фактично, порушило б суверенітет держави, на території якої фізично знаходиться інфраструктура, на якій зберігається інформація, до якої отримано доступ [[1122], с. 118]. Окрім того, відповідно до ч. 4 ст. 9 КПК у разі якщо норми цього Кодексу суперечать міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана ВРУ, застосовуються положення відповідного міжнародного договору України.

З огляду на зазначене, норми абз. 2 ч. 6 ст. ст. 236 КПК необхідно трактувати у вузькому значенні, тобто у розумінні ч. 2 ст. 19 Конвенції про кіберзлочинність, що передбачає можливість розширення проведення слідчої (розшукової) дії на комп'ютерні дані, що містяться в комп'ютерних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку, розташованих виключно на території України.

Отже, всупереч спробам національного законодавця адаптувати положення міжнародного права щодо розширеного доступу до комп'ютерних систем, наявні формулювання вимагають уточнення та гармонізації з положеннями Конвенції про кіберзлочинність. Проблема транскордонного доступу до даних у межах досудового розслідування залишається відкритою, насамперед через обмеження, пов'язані з територіальним суверенітетом і складністю реалізації такого доступу без порушення міжнародних зобов'язань.

У такому контексті постає інша, не менш складна проблема: фіксація доказів, що мають електронну форму, у ситуаціях, коли фізичний доступ до електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку взагалі відсутній. Йдеться передусім про дані, що розміщені у хмарних середовищах чи цифрових платформах або таких, що транслюються у реальному часі без збереження на локальних носіях.

Варто також звернути увагу на питання фіксації доказів, що мають електронну форму, у разі відсутності доступу до фізичних носіїв, інформаційних систем, на яких фіксується або обробляється інформація: соціальні мережі; вебсайти або сервіси, сервери яких розташовані за межами території України; сервіси трансляції інформації без фіксації (потокова інформація) та багато інших. Ключовою ознакою необхідності застосування

[1122] Каланча І. Г. Кіберпростір як територія проведення досудового розслідування. Там само.

цієї стратегії є відсутність фізичного доступу до інформації, інформаційної системи, що не дозволяє забезпечити копіювання інформації з фіксуванням контрольних сум даних на двох носіях інформації відповідно до стандартизованої методології [1123] та вимог КПК [1124, с. 255].

Фіксація досліджуваних нами доказів у такій ситуації передбачає проведення огляду комп'ютерних даних у порядку ст. 237 КПК з дотриманням вимог ч. 4 ст. 99 КПК (для отримання інформацією статусу оригіналу документа). У такому випадку сторона обвинувачення може зафіксувати важливі відомості, що відображаються в презентаційній частині інформаційної чи програмної системи, доступної користувачу (frontend) щодо інформації, що знаходиться в публічному доступі [1125, с. 255].

Під час роботи з відкритими джерелами, особливо у сфері OSINT, ключовим орієнтиром для технічних учасників виступає Протокол Берклі [1126]. Цей протокол не є нормативно-правовим актом у національному праві, однак містить чіткі методичні вимоги щодо достовірності, автентичності, ідентифікованості та відтворюваності інформації з відкритих джерел, що набуває особливої ваги при залученні технічних звітів OSINT-груп

Для отримання відомостей, загальний доступ користувачів до яких обмежено, але які мають важливе значення для кримінального провадження, можуть бути застосовані механізми Конвенції про кіберзлочинність та процедури міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, визначені Розділом IX КПК [1127]. Така стратегія передбачає:

[1123] ДСТУ ISO/IEC 27037:2017 (ISO/IEC 27037:2012, IDT) Інформаційні технології. Методи захисту. Настанови для ідентифікації, збирання, здобуття та збереження цифрових доказів. Чинний від 01.01.2019 р. Київ : УкрНДНЦ, 2018. VI, 31 с.

[1124] Каланча І. Г. Стратегії фіксації доказів, що мають електронну форму для застосування в кримінальному провадженні. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні : Матеріали VII Міжнар. наук.-практ. конф. (27 жовтня 2023 р., Чернівці)/ редкол. : О. В. Щербанюк та ін. Чернівці : 2023. С. 253–258. URL: https://law.chnu.edu.ua/wp-content/uploads/docs/zbirnyk_conf_27.pdf

1124

[1125] Каланча І. Г. Стратегії фіксації доказів, що мають електронну форму для застосування в кримінальному провадженні. Там само.

[1126] Протокол Берклі з ведення розслідувань з використанням відкритих цифрових даних. Практичний посібник щодо ефективного використання цифрової інформації у відкритому доступі для розслідування порушень міжнародного кримінального права з прав людини та гуманітарного права. Організація Об'єднаних націй. 2020. 119 с. URL: https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2022/03/Berkeley-Protocol-Ukrainian.pdf

1126

[1127] Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон від 13.04.2012 № 4651-VI (зі змін. і доп.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text

1127

1) огляд комп'ютерних даних в порядку ст. 237 КПК з дотриманням вимог ч. 4 ст. 99 КПК, фіксація та аналіз отриманої інформації, визначення місця перебування провайдера, адміністратора інформаційної системи, місця знаходження сервера тощо;

2) скерування до центрального уповноваженого органу відповідної іноземної держави, який відповідає за надсилання та відповідь на запити про взаємну допомогу, запиту про термінове збереження комп'ютерних даних, які зберігаються — в порядку ст. 16 Конвенції про кіберзлочинність. Запит має стосуватися відомостей, що не отримані під час огляду комп'ютерних даних, але які потенційно зберігаються у провайдера, адміністратора ресурсу, інших осіб чи організацій та які мають значення для кримінального провадження. Це можуть бути дані користувача при реєстрації в певному ресурсі, дані банківських карток, відомості про проведення фінансових операцій, дані про IP-адреси та MAC-адреси тощо. Важливо зауважити, що такий механізм варто застосовувати у разі загрози зникнення даних або незначного терміну їх зберігання. За результатами скерування даного запиту центральний уповноважений орган відповідної іноземної держави (при дотриманні вимог та процедур Конвенції про кіберзлочинність) забезпечить зберігання даних, про які вказано в запиті;

3) скерування до уповноваженого органу відповідної іноземної держави запиту про міжнародну правову допомогу в порядку ст. 551 КПК для отримання даних, що збережені за результатами попередньо описаної процедури. За умови дотримання належної правової процедури відповідь компетентного органу іноземної держави міститиме запитувані стороною обвинувачення відомості, що збережено [[1128], с. 256].

За результатами описаних національних та міжнародних процедур (див. Рис. 5) стороною обвинувачення може бути отримано високоінформативний доказ.

Описана стратегія фіксації доказів, що мають електронну форму, за відсутності фізичного доступу до інформаційних систем, ґрунтується на використанні наявного процесуального інструментарію та механізмів міжнародної правової допомоги під час кримінального провадження. Проте практика її реалізації у межах національного кримінального провадження демонструє фрагментарність і недостатню чутливість до технологічних особливостей цифрового середовища. Це зумовлює потребу у вдосконаленні чинних підходів та розвитку спеціалізованих процедур, здатних забезпечити достовірність і перевірюваність інформації, що здобувається в умовах віртуального простору.

[1128] Каланча І. Г. Стратегії фіксації доказів, що мають електронну форму для застосування в кримінальному провадженні. Там само.

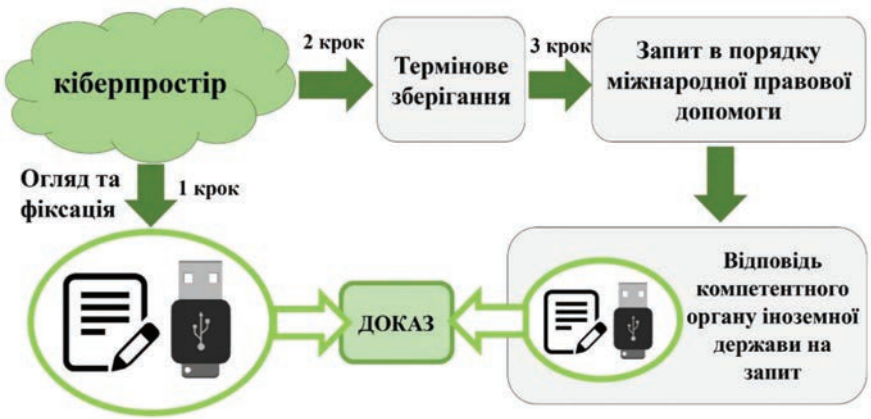


Рис. 5. Стратегія фіксації доказів, що мають електронну форму, з кіберпростору

На сьогодні огляд (ст. 237 КПК) є основною та умовно «традиційною» слідчою дією для фіксації вмісту вебресурсів у кримінальному провадженні. Відповідна фіксація є ключовою для збереження доказової бази, виявленої в цифровому середовищі. Варто звернути увагу, що КПК не містить окремої слідчої (розшукової) дії, що передбачала б огляд кіберпростору (що, можливо, варто виправити), як це передбачено для огляду трупа (ст. 238 КПК), огляду трупа, пов'язаного з ексгумацією (ст. 238 КПК). При цьому специфіка проведення огляду віртуального середовища межує з аналогічним рівнем специфіки, притаманної для згаданих різновидів. Так чи інакше, практика правозастосування підлаштовується під наявний в КПК інструментарій. Однак огляд не є єдино можливим варіантом фіксації віртуального середовища.

С. В. Самойлов (2025) справедливо зазначає, що слідчими діями, що можуть бути застосовані з цією метою, є огляд (ст. 237 КПК) та слідчий експеримент (ст. 240 КПК). З огляду на динамічну природу мережі Інтернет, існує необхідність точного відтворення та перевірки певних обставин, що зафіксовані в цифровій формі. Порівняльний аналіз ефективності досліджуваних слідчих дій свідчить про значну ефективність застосування слідчого експерименту, порівняно з оглядом. Аналіз процесуального значення огляду та слідчого експерименту у контексті фіксації вебресурсів свідчить про те, що слідчий експеримент є більш відповідним механізмом для отримання доказової інформації. Він дозволяє не лише зафіксувати стан вебресурсу, але й перевірити умови його

функціонування, що особливо важливо у випадках використання цифрових доказів у кримінальному провадженні. Таким чином, застосування слідчого експерименту як слідчої дії у сфері фіксації вебресурсів є доцільним і обґрунтованим, стверджує вчений[1129], з чим варто погодитись.

Висновки. Подсумовуючи результати проведеного дослідження, можемо стверджувати про формування самостійного напряму кримінальної процесуальної діяльності, пов'язаного з роботою з доказами, що мають електронну форму, який вимагає впровадження ефективних процесуальних і технічних рішень. Практика правозастосування ілюструє існування трьох базових стратегій фіксації доказів, що мають електронну форму: 1) фізичного вилучення електронного носія інформації або комп'ютерної системи до якої він входить; 2) огляду та копіювання інформації, що зберігається на електронному носії інформації або в комп'ютерній системі; 3) огляду й фіксації інформації з відкритих джерел (кіберпростору). Вибір стратегії залежить від технічної природи електронного носія інформації або комп'ютерної системи, ступеня стабільності даних, оперативної обстановкою на місці проведення слідчої (розшукової) дії, а також від здатності сторони обвинувачення забезпечити належне підтвердження цілісність і автентичності комп'ютених даних.

Доведено значення релевантної класифікації електронних носіїв інформації за ступенем інтеграції з інформаційною системою та за типом запам'ятовуючого пристрою для уніфікації тактики їх пошуку, вилучення й дослідження, а також для належного застосування процесуальних режимів щодо документів і речових доказів. Належна ідентифікація нестабільних джерел (оперативна пам'ять, активні системи), забезпечення їх безперебійного живлення та першочергового копіювання данимічних даних є необхідною передумовою ефективного здобуття доказів, що мають електронну форму.

Обґрунтовано, що копіювання електронної інформації із залученням спеціаліста за моделлю, закріпленою в ч. 4 ст. 99 КПК, виступає повноцінною альтернативою фізичному вилученню електронних носіїв інформації й у низці ситуацій має бути пріоритетним процесуальним рішенням. Технічно достатнім і надійним способом здобуття доказів, що мають електронну форму є створення криміналістичної (побіто-

[1129] Самойлов С.В. Фіксації вмісту інтернет ресурсів під час кримінального провадження: порівняльний аналіз слідчого експерименту та огляду. *Пріоритетні шляхи розвитку науки і освіти* : мат-ли XIV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 29–30 січ. 2025 р.). Львів: Львівський наук. форум, 2025. С. 68–69.

вої) копії (образу) електронного носія інформації з контролем незмінності даних за допомогою гешування та документування контрольних сум цифрових даних; логічне копіювання може застосовуватися лише з урахуванням його обмежень і ризиків для збереження структурного контексту даних.

Проілюстровано, що електронні документи (в розумінні Закону «Про електронні документи та електронний документообіг») з підтвердженим електронним підписом можуть копіюватися стороною кримінального провадження без залучення спеціаліста за умови попередньої верифікації електронного підпису; у цьому випадку примірник електронного документа набуває режиму «оригіналу документа» за правилами ст. 99 КПК та ч. 2 ст. 7 Закону «Про електронні документи та електронний документообіг».

Аргументовано, що віртуальне середовище (кіберпростір) становить окремий вид сереловища виявлення та фіксації відомостей, а отже потребує процесуального інструментарію, чутливого до позатериторіальності обробки даних і до транскордонних процедур. Практика підтверджує необхідність фіксації публічних відомостей шляхом проведення огляду та використання механізмів міжнародної правової допомоги для отримання непублічних даних.

З огляду на встановлені результати пропонується внести цілеспрямовані зміни до кримінального процесуального законодавства України.

По-перше, доцільно імплементувати пряму вимогу про підтвердження спеціалістом цілісності й справжності створеної копії через обчислення та фіксацію у процесуальному документі геш-значень оригіналу і копії, із зазначенням алгоритму гешування та засобів копіювання, а також про обов'язок забезпечення режиму «тільки читання» (write-block) під час здобуття даних.

По-друге, у ст. 104 КПК доцільно прямо віднести контрольні геш-значення до обов'язкових реквізитів протоколу процесуальної дії, якщо предметом фіксації є комп'ютерні дані або електронні носії інформації; кореспондуючі зміни варто внести до ст. 105 щодо додатків до протоколу (вказівка на носій, на якому збережено образ та журнал обчислення геш-сум).

По-третє, у ст. 168 КПК слід закріпити пріоритет копіювання інформації перед фізичним вилученням електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, визначивши вичерпні винятки, коли вилучення допускається (наприклад, технічна невіддільність інформації від конкретного

обладнання; критичні ризики втрати даних або неможливість адекватного відтворення даних після копіювання).

По-четверте, у ст. 236 КПК слід відновити або чітко конкретизувати повноваження слідчого і прокурора щодо огляду речей під час обшуку в частині електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку із одночасним закріпленням обов'язкових технічних запобіжників (заборона запису на вихідний носій; фіксація геш-значень; ведення журналу доступу).

По-п'яте, у ст. 290 КПК доцільно чітко диференціаціювати режим доступу до «документа» і «речового доказу» щодо електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку: для документів — пріоритет надання належно ілентифікованих копій і примірників електронних документів; для носіїв — обов'язок забезпечити доступ шляхом надання побітової копії (образу).

По-шосте, слід конкретизувати правила створення та зберігання резервних копій електронних носіїв інформації (вимоги до формату носія, журналу гешування, термінів і місць зберігання).

Запропоновані зміни спрямовані на усунення нормативної невизначеності, підвищення доказової надійності копій електронної інформації та збалансування інтересів сторін кримінального провадження. Їх імплементація забезпечить єдність процесуального підходу до документів і речових доказів у цифровому середовищі, розширить можливості використання доказів, що мають електронну форму, без надмірного втручання та невиправданих перешкод для суспільно важливих процесів.

Розділ 8. ДАВАННЯ ЗАВІДОМО НЕПРАВДИВИХ ПОКАЗАНЬ ОСОБОЮ, ЩОДО ЯКОЇ ЗДІЙСНЮЄТЬСЯ КРИМІНАЛЬНЕ ПЕРЕСЛІДУВАННЯ: ПРОЯВ СВОБОДИ ВІД САМОВИКРИТТЯ ЧИ ПОРУШЕННЯ ІНТЕРЕСІВ НЕПРАВДИВО ЗВИНУВАЧЕНОГО?

Віра НАВРОЦЬКА,
доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3407-7984

Анотація. Аналізується гостродискусійна проблема можливості притягнення до кримінальної відповідальності підозрюваного / обвинуваченого (в окремих випадках — навіть особи, стосовно якої здійснюється провадження щодо застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру) за обмову завідомо невинуватого у вчиненні кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння. Констатовано, що здійснення прав і свобод людини й громадянина не повинно порушувати права та свободи інших, що допустимий захист від кримінального переслідування у вчиненні інкримінованого особі діяння повинен бути здійснений в рамках способів й засобів, які не суперечать закону.

Доведено, що під жодним приводом не варто відмовлятися від прагнення захистити невинуватого від необґрунтованого кримінального переслідування. Вказано на безпідставність доводів адептів, котрі переконані, що настання кримінальної відповідальності за обмову завідомо невинуватого начебто йде врозріз з правом особи на захист. Стверджено, що зведення наклепу на завідомо невинуватого є явно протиправним, натомість способи захисту повинні бути виключно законними.

Право будь-якого учасника кримінального судочинства захист не безмежне, встановлення кримінальної відповідальності за обмову завідомо невинуватого є справедливим. Обґрунтовано, що склад введення в оману суду або іншого уповноваженого органу не слід поширювати на будь-які намагання фактично винного уникнути кримінального переслідування. При цьому визначальним повинна бути відсутність обмови конкретної людини у вчиненні того кримінального правопорушення

чи іншого суспільно небезпечного діяння, що було інкриміноване особі, стосовно якої здійснюється кримінальне переслідування.

Ключові слова: право на захист, особа, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, підозрюваний, обвинувачений, завідомо невинуватий, кримінальна відповідальність, завідомо неправдиві показання.

Vira NAVROTSKA,

GIVING KNOWINGLY FALSE TESTIMONY BY A PERSON WHO IS SUBJECT TO CRIMINAL PROSECUTION: EXERCISE OF FREEDOM FROM SELF-INCRIMINATION OR VIOLATION OF THE INTERESTS OF THE FALSELY ACCUSED?

Abstract. The hotly debated issue of the possibility of bringing criminal charges against a suspect/defendant (in some cases, even a person against whom proceedings are being conducted for the application of coercive measures of a medical or educational nature) for knowingly falsely accusing an innocent person of committing a criminal offence or other socially dangerous act is analysed. It has been established that the exercise of human and civil rights and freedoms must not violate the rights and freedoms of others, and that permissible protection from criminal prosecution for acts incriminated to a person must be carried out within the framework of methods and means that do not contradict the law.

It has been proven that under no circumstances should one abandon the desire to protect the innocent from unfounded criminal prosecution. The arguments of those who believe that criminal liability for slander against a known innocent person is contrary to the right to defence are unfounded. It has been established that slander against a known innocent person is clearly unlawful, but the means of defence must be exclusively lawful.

The right of any participant in criminal proceedings to defence is not unlimited, and establishing criminal liability for knowingly falsely accusing an innocent person is fair. It is reasonable that the offence of misleading a court or other authorised body should not be extended to any attempts by a person who is actually guilty to avoid criminal prosecution. In this case, the decisive factor should be the absence of false accusation of a specific person in committing a criminal offence or other socially dangerous act that was incriminated to the person against whom criminal prosecution is being carried out.

Key words: right to defence, person subject to criminal prosecution, suspect, accused, knowingly innocent, criminal liability, knowingly false testimony.

У Висновку на Проєкт КК (координатор експертної групи — О. Дудоров)[1130] при аналізі різноманітних проблем, що постають перед правозастосувачами, піддано критиці підхід розробників цього Проєкту, котрі у п. 2 ст. 8.2.5 («Перешкоджання встановленню факту та обставин вчинення кримінального правопорушення»), вважають за необхідне передбачити настання кримінальної відповідальності підозрюваного чи обвинуваченого за обмову іншої людини у вчиненні кримінального правопорушення[1131]. Автори згаданого Висновку переконані, що настання кримінальної відповідальності цих учасників процесу за обмову іншого у вчиненні кримінального правопорушення, означатиме порушення гарантій, передбачених ст. 10 ЄКПЛ[1132]. При цьому на підтвердження такого свого підходу вони посилаються на відносно «свіже» рішення ЄСПЛ «Мілевич проти Хорватії», де вказано, що притягнення заявника до відповідальності за наклеп є непропорційним втручанням у свободу вираження поглядів[1133]. А тому автори Висновку на Проєкт КК (керуючись, як вони зазначають, підходами, висловленими у щойнозгаданому Рішенні ЄСПЛ) з метою забезпечення Проєкту стандартам ЄКПЛ, пропонують вилучити із тексту ст. 8.2.5 Проєкту КК вказівку про обмову підозрюваним, обвинуваченим іншої особи[1134].

Моя ж позиція з цього приводу така:

1) вказана вище точка зору розробників Проєкту КК 2019–2025 р.р., в цілому є якраз слушною та виправданою (попри те, що окремі формулювання п. 2 ст. 8.2.5 Проєкту таки підлягають корекції); відмовлятися від цієї ідеї їм точно не варто; навпаки, доцільно вести мову про розширення (у порівнянні з тим, як це передбачено і в чинному КК, і в Проєкті КК) переліку:

а) як учасників кримінального судочинства, котрих слід було б *de lege ferenda* притягувати до кримінальної відповідальності за давання завідомо неправдивих показань;

[1130] Висновок на Проєкт Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023). URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf36

[1131] Текст Проєкту нового Кримінального кодексу України (станом на 17.02.2025). URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2025/02/17/kontrolnyj-tekst-proyektu-kk-17-02-2025-dlya-opublikuvannya.pdf

[1132] Висновок на Проєкт Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023). Там само.

[1133] Milievic v. Croatia: Decision of the European Court of Human Rights of June 25, 2020. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-6731637-8975738%22]}

[1134] Висновок на Проєкт Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023). Там само.

б) так і протиправних діянь, у вчиненні яких можна неправдиво звинуватити завідомо невинуватих осіб, завдавши істотної шкоди їх правам та законним інтересам (через що таке оббріхування має бути заборонене на законодавчому рівні).

2) автори згаданого Висновку на Проєкт КК безпідставно критикують розробників Проєкту КК, і роблять це даремно передусім тому, що у рішенні ЄСПЛ «Мілевич проти Хорватії» чомусь не були помічені твердження, де Суд усе-таки висловлює переконаність: у певних випадках підозрюваний та обвинувачений можуть нести відповідальність (зокрема, й кримінальну) за обмову завідомо невинуватого.

З огляду на те, що вищезгадувана новела Проєкту КК була піддана критиці з посиланням на аргументи, висловлені в рішенні ЄСПЛ «Мілевич проти Хорваті», є потреба звернутися до нього. Обставини тієї справи наступні: у 1991 р. під час війни Хорватії за незалежність, було вчинено воєнний злочин — чотирьох військовополонених було викрадено із тюрми, а в подальшому — страчено. Заявник — Раде Мілевич був обвинуваченим у вбивстві цих осіб та проходив у провадженні як співучасник. Згодом його повністю виправдав національний суд, встановивши, що п. Мілевич справді вивозив в'язнів з тюрми, однак при цьому не було доведено ані його особистої причетності до вбивства, ані до того, що він точно знав про наміри будь-кого стратити в'язнів. Під час кримінального провадження п. Мілевич звертав увагу на те, що обвинувачення проти нього було політично мотивованим, а справа — сфальсифікована на замовлення полковника у відставці хорватської армії — І. П. Згодом той позивався до п. Мілевича вказуючи, що звинувачення останнього є відвертим наклепом. У подальшому (в уже іншому провадженні) п. Мілевич був визнаний хорватськими судами винним у поширенні негативної та непідтвердженої в ході судового розгляду інформації стосовно полковника І. П. Раде Мілевич з таким підходом не погодився й звернувся до Страсбургського суду. ЄСПЛ зазначив, що притягаючи заявника до відповідальності за його дифамаційні висловлювання, національні суди не спромоглися належно збалансувати свободу вираження поглядів у контексті права обвинуваченого на захист та права на захист репутації третьої особи[1135].

Водночас ЄСПЛ у згадуваному рішенні, усвідомлюючи усю складність та неоднозначність розглядуваного питання, зазначає, що «притягнення обвинуваченого до кримінальної відповідальності за

1135

[1135] Мілевич проти Хорватії : Прес-реліз, виданий Секретарем Суду ЄСПЛ. URL: https://www.echr.com.ua/translation/sprava-milevich-proti-xorvati%D1%97/

неправдиві висловлювання в суді може бути виправданим, якщо такі заяви були зроблені із злим наміром та спричинили притягнення невинного до відповідальності. Окрім того, Суд підкреслив, що «хоча у подібних справах перевага й повинна надаватися обвинуваченому, котрий бажає вільно говорити на свій захист без побоювання подання позову за наклеп, але лише до того часу, допоки це не призведе до помилкової підозри у поведінці, що підлягає покаранню щодо учасника того провадження чи третьої сторони»[1136]. Отож, позиція ЄСПЛ щодо аналізованої проблеми навіть в рамках одного й того ж рішення аж не відзначається максимальною однозначністю, логічною «стрункістю» та внутрішньою несуперечливою (зазначу, що відсутність єдиного підходу — щоправда, в рамках різних своїх рішеннях — ЄСПЛ демонстрував неодноразово)[1137].

Куди більш чітко з цього приводу ЄСПЛ висловився у справі «Брандстетер проти Австрії». Там Стразбургський суд вказав (п. 52 цього рішення), що: «можливість для обвинуваченого у подальшому бути підданим переслідуванню за переконання, висловлені ним на свій захист, не повинна розглядатися як порушення його прав згідно з п. 3 «с» ст.6 ЄКПЛ. Було б перебільшенням вважати, — продовжує ЄСПЛ, — що вихідною передумовою права осіб, обвинувачених у вчиненні кримінального злочину, захищати себе, є ідея про те, що вони не повинні бути піддані переслідуванню, коли здійснюючи це право, вони умисно викликають неправдиві підозри у поведінці, яка підлягає покаранню, стосовно свідка чи будь-якої іншої особи, залученої до кримінального судочинства»[1138].

Отож, ЄСПЛ стоїть на позиції, що використання підозрюваним / обвинуваченим обмови завідомо невинуватих осіб (нехай навіть і з метою власного захисту) аж ніяк не виключає притягнення його до кримінальної відповідальності (звісно ж, за умови, що така відповідальність за вказане діяння передбачена у національному законодавстві).

Окрім озвучення підходів ЄСПЛ, вважаю за доцільне висловити і своє бачення вказаної проблеми. На практиці непоодинокими є ситуації, за яких підозрюваний / обвинувачений, заперечуючи власну вину

[1136] Milievic v. Croatia : Decision of the European Court of Human Rights of June 25, 2020. Там само.

[1137] Навроцька В. В. Суд над Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права й процесу. Київ : Вид. дім АртЕК, 2016. С. 145.

[1138] Brandstetter v. Austria: Judjement of the European Court of Human Rights of August 28, 1991. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57683%22]}

1138

у вчиненні інкримінованого йому кримінального правопорушення, обмовляє інших конкретних осіб. Причини подібної поведінки можуть бути найрізноманітнішими: 1) бажання уникнути кримінальної відповідальності, 2) домогтися того, аби призначене йому покарання було більш м'яким, 3) помститися іншим тощо. Наслідком таких дій може бути: подальша необґрунтована підозра (обвинувачення), а, можливо, навіть і засудження невинуватого у скоєнні кримінального правопорушення.

Щодо можливості притягнення підозрюваного / обвинуваченого до кримінальної відповідальності за вказані дії, у вітчизняній доктрині висловлені дві кардинально протилежні позиції:

1) прихильники першої із них переконані, що підозрюваний / обвинувачений за введення в оману суду чи органу, що здійснює досудове розслідування, при даванні ним завідомо неправдивих показань відповідальності не підлягає та не повинен підлягати у майбутньому (тобто підхід законодавця з цього приводу вони вважають виправданим та таким, що не підлягає перегляду), вважаючи, що обмова невинуватих належить до незабороненого законом способу захисту[1139], що це є одним із проявів свободи від самовикриття (передбаченої, зокрема, п. 11 ч. 1 ст. 7 та ст. 18 КПК)[1140]. Головним аргументом прибічників такого підходу (і з тим доводом, на жаль, особливо не посперечаєшся) є те, що у ст. 384 КК[1141] серед суб'єктів введення в оману суду чи іншого уповноваженого органу, підозрюваний / обвинувачений не згадується взагалі; серед спеціальних суб'єктів даного злочину (який полягає у даванні завідомо неправдивих показань) йдеться лише про свідка та потерпілого. Слід зазначити, що подібний підхід до вирішення цього питання демонструють законодавці багатьох держав (про це, зокрема, йдеться у ст. 297 КК Азербайджанської Республіки[1142], ст. 338 КК Республіки Ві-

[1139] Кучинська С. П., Яворський Б. І. Право обвинуваченого на неправдиві показання як елемент favor defensionis. Адвокат. 2011. № 2. С. 19–23 ; Яворський Б. Чи вправі обвинувачений давати неправдиві показання? Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : мат-ли XVII регіон. наук.-практ. конф. (м. Львів, 3–4 лют. 2011 р.). Львів : Юрид. фак-т Львів. нац. ун-ту ім. Івана Франка, 2011. С. 378–380.

[1140] Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text

[1141] Кримінальний кодекс України : Закон від 05.04.2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text

[1142] Penal Code of the Azerbaijan Republic Law of the Azerbaijan Republic №787-IQ. of December 30 1999. URL: https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/AZERBAIJAN_Criminal%20Code.pdf

рменія[1143], ст. 364 КК Киргизької Республіки[1144], ст. 312 КК Республіки Молдова[1145], ст. 351 КК Республіки Таджикістан[1146], ст. 175 КК Естонії[1147], ст. 238 КК Республіки Узбекистан[1148]).

Прихильники такої позиції зазначають, що у законі відсутня пряма заборона підозрюваному / обвинуваченому захищатися, обмовляючи інших осіб у вчиненні кримінального правопорушення, що ставиться йому в вину. Вони вказують, що тільки тоді, коли законом буде встановлено заборону на вказані дії, можна стверджувати про незаконний спосіб захисту з боку цього учасника процесу, доти ж можна говорити лише про поведінку, що суперечить нормам моралі, про спосіб зловживання правом (і не більше того). В цілому з таким підходом тяжко не погодитися: вказану поведінка підозрюваного / обвинуваченого за нинішнього правового регулювання такої ситуації справді можна розцінювати лише як грубе зловживанням належним правом.

Ознаками такого явища як зловживання правом є те, що: а) така поведінка пов'язана із порушенням порядку реалізації наданого суб'єктивного права (причому правові приписи, по-суті, не порушені); б) ця поведінка суперечить принципам добросовісності та розумності, а також призначенню суб'єктивного права; в) у суб'єкта є й інші можливості досягнення своїх інтересів (окрім того, як вдаватися до зловживань); г) «зловживач» правом усвідомлює характер свого діяння (тобто, діє умисно)[1149]. Обмова завідомо невинуватого повністю відповідає

[1143] Criminal Code of the Republic of Armenia: Law of the Republic of Armenia of April 18, 2003. URL: https://track.unodc.org/uploads/documents/bri-legal-resources/armenia/21_-criminal_code_of_ra_2003_-_en.pdf

[1144] Criminal Code of the Kyrgyz Republic : Law of the Kyrgyz Republic № 127 of October 28, 2021. URL: https://surl.li/jcwrny

[1145] Criminal Code of the Republic of Moldova : Law of the Republic of Moldova № 985-XV of April 18, 2002. URL: https://surl.li/edazuq

[1146] Criminal Code of the Rebublic of Tajikistan : Law of the Rebublic of Tajikistan № 574 of May 21, 1998. URL: https://bwcimplementation.org/sites/default/files/resource/TJ_Criminal%20Code%20of%20Rep%20of%20Tajikistan_EN.pdf

[1147] Penal Code of Estonia: Law of Estonia № L-60500 of June 6, 2001. URL: https://www.riigiteataja.ee/en/eli/521082014001/consolide

[1148] Criminal Code of the Republic of Uzbekistan : Law of the Republic of Uzbekistan № 2012-XII. of September 22, 1994. URL: https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/UZBEKISTAN_Criminal%20Code.pdf

[1149] Андрушко О. В. Правова категорія «зловживання правом» у кримінальному судочинстві. Право і суспільство. 2016. № 5. Ч. 2. С. 169–174 ; Борейко Г. Д. Ознаки

наведеним вище ознакам зловживання правом у кримінальному судочинстві.

Адепти проміжного підходу до вирішення вказаної проблеми щойно наведені міркування піддають критиці та стверджують, що показання підозрюваного / обвинуваченого, у яких міститься завідомо неправдивий донос, є таким доказом, що за умови несприятливого спливу різних обставин може відіграти вирішальну роль при винесенні обвинувального вироку стосовно невинуватого. Вони вказують, що якщо підозрюваний, обвинувачений надає завідомо неправдиві показання стосовно інших осіб, стверджуючи, до прикладу, що кримінальне правопорушення вчинив не він, вказуючи на іншу конкретну особу як на порушника, або ж занижує власну роль у вчиненні кримінального правопорушення за рахунок обмови співучасників, його дії слід розглядати як цілком прийнятний спосіб захисту. Проте якщо

зловживання правом у кримінальному провадженні. Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: мат-ли XXVII звітної наук.-практ. конф. (и. Львів, 3–4 лют. 2022 р.) : у 2 ч. Ч. 2. Львів. Юрид. фак-т Львів. нац. ун-ту ім. Івана Франка, 2022. С. 218–221 ; Буроменська Н. Заборона зловживання правом у сфері публічно-правових відносин. Актуальні проблеми політики. 2019. Вип. 64. С. 267–268 ; Вертегел Є. П., Куртіш Л. А. Зловживання правом: теоретико-правове дослідження. Юридичний науковий електронний журнал. 2019. № 6. С. 20–23 ; Калюжний Р. А., Андрущенко І. Г. Зловживання правом: сутність та шляхи протидії. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2006. № 8. С.16–22 ; Карнаух Б. Зловживання правом та його правові наслідки. Підприємництво, господарство і право. 2020. № 9. С. 33–35 ; Лазарєв В. В. Концепція розуміння сутності категорії «зловживання правом». Право і безпека. 2023. № 1 (88). С.179–188 ; Мілетич О. О. Зловживання правом: теоретико-прикладний аспект : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2015. С. 8 ; Навроцька В. В. Боротьба із зловживанням «права на брехню» підозрюваного, обвинуваченого. Україна — ЄС: питання гармонізації кримінального та кримінального процесуального законодавства : мат-ли Круглого столу (м. Львів, 22 черв. 2023 р.) / упор. І. В. Гловюк, Н. Р. Лащук. Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2023. С. 108–110 ; Навроцька В. В. Обмова завідомо невинуватого підозрюваним, обвинуваченим — злочин чи відстоювання власних інтересів? Сучасна доктрина кримінального права у правовій системі України: поняття, джерела, значення, проблеми формування : мат-ли V міжнар. наук.-практ. круглого столу (м. Харків, 14 трав. 2021 р.) /редкол. : Л. М. Демидова (голов. ред.), Н. В. Шульженко (заст. голов. ред.), О. С. Попович, Д. О. Куковинець ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України [та ін.]. Харків : Право, 2021. С. 84–85 ; Одерій О. В., Мудрецький Р. В. Протидія судовому розгляду у кримінальних провадженнях та шляхи її подолання у сучасних реаліях : монографія. Київ : «КНТ», 2021. С. 8 ; Подковенко Т., Голубєва І. Зловживання правом: загальнотеоретичні аспекти. Актуальні проблеми правознавства. 2022. № 3 (31). С. 23–25 ; Полянський Т. Зловживання правом (загальнотеоретичний аспект). Право України. 2010. № 1. С. 128–134 ; Резнікова В. В. Зловживання правом: поняття та ознаки. Університетські наукові записки. 2013. № 1 (45). С. 23–35 ; Хміль М. М. Принцип недопустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти) : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2005. С. 7

підозрюваний / обвинувачений дає завідомо неправдиві показання, виходячи за межі пред'явлених підозри / обвинувачення, він підлягає відповідальності за завідомо неправдиве повідомлення про вчинення кримінального правопорушення.

Таким чином, логіка прихильників наведених вище позицій наступна: позаяк у законі відсутня заборона на обмову завідомо невинуватого підозрюваним /обвинуваченим, то цей учасник процесу може вдаватися до обмови конкретної особи з метою власного захисту.

Я ж із цим підходом категорично не згодна і навпаки, повністю поділяю протилежну точку зору. А ця інша позиція зводиться до того, що підозрюваний / обвинувачений має нести відповідальність за введення в оману суду та органів досудового розслідування (звісно ж, *de lege ferenda* — у разі внесення відповідних змін до ст. 384 КК) — навіть якщо метою такого обману є захист від висунутої підозри (або пред'явленого обвинувачення), уникнення кримінальної відповідальності.

Адептів оцього другого підходу предостатньо[1150]. До прикладу, окремі дослідники вважають незаконним інтересом підозрюваного / обвинува-

[1150] Navrotska V., Bronevytska O., Yaremko G., Maksymovych R., Matolych V. The criminal responsibility for defamation of knowingly innocent *Amazonia Investiga.* 2021. №10 (44). P. 242–259. URL: https://amazoniainvestiga.info/index.php/amazonia/article/view/1728/1877 ; Борейко Г. Д. Обмова підозрюваним, обвинуваченим завідомо невинуватої особи як свобода від самовикриття чи зловживання правом? Прикарпатський юрид. вісник. 2022. № 2. С. 118–121 ; Грошевий Ю. М. Докази і доказування у кримінальному процесі: науково-практичний посібник. Київ: КНТ, 2006. С. 4 ; Костін М. Допустимість способів захисту обвинуваченого для забезпечення його публічних та особистих інтересів. Право України. 2006. № 8. С. 99–102 ; Навроцька В. В. Взаємозв'язки й колізії кримінального процесуального та кримінального законодавства України : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.09. Львів, 2025. С. 308–318 ; Навроцька В. В. Взаємозв'язки й колізії кримінального процесуального та кримінального законодавства України : рефер. дис. … д-ра юрид. наук. Львів, 2025. С. 7, 17 ; Навроцька В. В. Оббріхування завідомо невинуватого підозрюваним, обвинуваченим — допустимий спосіб захисту? Проблеми впровадження нового Кримінального кодексу у правову систему України : мат-ли міжнар. наук. конф. (м. Харків, 7 квітня 2021 р.) / редкол. : Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко, І. А. Вишневська ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Робоча група з питань розвитку кримін. права, Коміс. з питань прав. реформи, Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права», Консульт. місія Європейського Союзу в Україні. Харків : Право, 2021. С. 163–165 ; Навроцька В. В. Обмова завідомо невинуватого підозрюваним, обвинуваченим — злочин чи відстоювання власних інтересів? Сучасна доктрина кримінального права у правовій системі України: поняття, джерела, значення, проблеми формування : мат-ли V міжнар. наук.-практ. круглого столу (м. Харків, 14 трав. 2021 р.) /редкол. : Л. М. Демидова (голов. ред.), Н. В. Шульженко (заст. голов. ред.), О. С. Попович, Д. О. Куковинець ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України [та ін.]. Харків : Право, 2021. С. 84–85 ; Чорноус Ю.

1150

ченого прагнення скористатися правосуддям для наклепу, засудження завідомо невинуватого у зв'язку із помстою за правомірні дії тощо та пропонують позбавити підозрюваного / обвинуваченого прав, які він використовує для задоволення інтересів, що ідуть в розріз із законом, вказуючи, зокрема й на право підозрюваного / обвинуваченого на обмову невинуватого. Прихильники такої позиції стверджують, що у разі застосування протизаконних способів захисту, пов'язаних із завідомо неправдивим обвинуваченням іншої людини у вчиненні кримінального правопорушення, підозрюваний /обвинувачений має бути притягнутий до кримінальної відповідальності, позаяк: а) право на захист не є ні абсолютним, ні безмежним; б) його здійснення не повинно порушувати права інших.

Я погоджуюся із наведеною вище позицією та вважаю, що неприпустимою є безмежна можливість захисту власних інтересів шляхом обмови інших осіб; у підозрюваного / обвинуваченого нема і не може бути в принципі права на обмову невинуватого; така обмова є проявом незаконного способу захисту.

При цьому я поділяю точку зору, відповідно до якої склад введення в оману суду або іншого уповноваженого органу не варто поширювати на будь-які намагання фактично винного уникнути кримінальної відповідальності. Визначальним при цьому є відсутність обмови конкретної людини у вчиненні того кримінального правопорушення, що було інкриміноване підозрюваному / обвинуваченому. До речі, саме такий, обстоюваний мною підхід демонструють законодавці низки держав, вважаючи, що немає жодних підстав надавати невиправдану можливість підозрюваному / обвинуваченому безкарно оббріхувати завідомо невинувату особу (навіть якщо така поведінка є способом відведення від себе підозри /обвинувачення у вчиненні інкримінованого діяння). Відповідні діяння визнаються кримінально караними, до прикладу, у ст. 370 КК Грузії[1151], ст. 300 КК Латвії[1152], ст. 156 КК Республіки Корея[1153],

Реалізація принципу змагальності на досудовому слідстві: проблемні питання. Право України. 2008. № 6. С. 129–133.

1151

[1151] Criminal Code of Georgia : Law of Georgia № 2287. August 13, 1999. URL: https://matsne.gov.ge/ru/document/view/16426?publication=229

1152

[1152] Criminal Law of Latvia : Law of Latvia № L-56383 June 17, 1998. URL: https://lawyer-khroulev.com/wp-content/uploads/2019/09/ugolovnij-zakon-latvii.pdf

[1153] Criminal Code of Korea : Law of Korea № 293/ February 6, 1953. URL: https://vseokoree.com/vse-o-koree/zakony-i-normativnye-pravovye-akty/ugolovnyj-kodeks-respubliki-koreya

ст. 283 КК Республіки Словенія[1154], ст. 345 КК Словацької Республіки[1155], ст. 5 розділу 15 КК Швеції[1156], ст. 303 КК Швейцарії[1157] [6], § 112 КК[1158] Королівства Ліхтенштейн, ст. 268 КК Угорщини[1159], § 281 КК Королівства Данії[1160], ст. 304 КК Республіки Хорватія[1161], ст. 164 КК Німеччини[1162], ст. 456 КК Королівства Іспанії[1163], ст. 234 КК Республіки Польща[1164] тощо.

Як уже зазначалося, окремі прихильники підходу, згідно з яким підозрюваний, обвинувачений вправі безкарно обмовляти іншого, як аргумент на користь такої позиції посилаються на реалізацію цим учасником процесу своєї свободи від самовикриття, а також та вказують на те, що така можливість є, начебто, проявом іншого права — «*favor defensionis*» (переваги захисту / сприяння захисту). Варто розібратися, чи відповідають такі твердження дійсності.

[1154] Criminal Code of the Republic of Slovenia : Law of the Republic of Slovenia. № KZ-1 November 1, 2008. URL: https://legislationline.org/download/id/3773/file/Slovenia_CC_2008_en.pdf

[1155] Criminal Code of the Slovak Republic : Law of the Slovak Republic № 300-2005. May 20, 2005. URL: https://legislationline.org/download/id/3763/file/Slovakia_CC_2005_en.pdf

[1156] Criminal Code of Sweden : Law of Sweden №SFS962:700. 1962. URL: https://legislationline.org/download/id/8662/file/Sweden_criminal_code_am2020_en.pdf

[1157] Criminal Code of Switzerland : Law of Switzerland № RS311.0. December 21, 1937. URL: https://legislationline.org/download/id/8991/file/SWITZ_Criminal%20Code_as%20of%202020-07-01.pdf

[1158] Criminal Code of the Principality of Liechtenstein : Law of the Principality of Liechtenstein. № 1988-037 May 17, 2011. URL: https://legislationline.org/download/id/8268/file/Liechtenstein_Criminal_Code_1987_am2017_pdf

[1159] Criminal Code of Hungary : Law of Hungary. 2012. URL: https://legislationline.org/download/id/5619/file/HUngary_Criminal_Code_of_2012_en.pdf

[1160] Criminal Code of the Kingdom of Denmark : Law of the Kingdom of Denmark № 909. September 27, 2005. URL: https://legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf

[1161] Criminal Code of the Republic of Croatia : Law of the Republic of Croatia №71-05-03/1-11. October 26, 2011. https://surl.lt/aofamm

[1162] German Criminal Code. Law of German № L-51220. November 13, 1998. URL: https://legislationline.org/download/id/6115/file/Germany_CC_am2013_en.pdf

[1163] Criminal Code of the Kingdom of Spain : Law of the Kingdom of Spain № 10-1995. November 24, 1995. URL: https://legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf

[1164] Penal Code of the Republic of Poland : Law of the Republic of Poland № 88.553. June 6, 1997. URL: https://legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf

Те, що пересічний підозрюваний / обвинувачений є в цілому «слабшим» за працівників органів, що ведуть кримінальний процес, особливих сумнівів не викликає. Адже у його розпорядженні точно нема тих фінансових, часових, інтелектуальних, організаційних, і, головне, правових можливостей, що їх мають останні для розкриття кримінальних правопорушень та інших суспільно небезпечних діянь. Теоретично держава вправі надати оцьому «слабшому» приватному учаснику кримінального процесу додаткові пільги та переваги (що вона нерідко й робить) у порівнянні з тими преференціями, що їх мають працівники органів досудового розслідування та суду. Робиться це для того, аби більш-менш урівноважити їх завідомо нерівні можливості. Отака своєрідна перевага у відносинах: «орган державної влади — приватна особа» виглядає цілком допустимою та прийнятною. Однак тяжко пояснити міркування, керуючись якими інтересам «наклепника» (однієї приватної особи) надається пріоритет над інтересами того, кого неправдиво обмовили (по суті, такої ж самої приватної особи). Видається, що все повинно бути, якраз, навпаки. Адже і логіка, і елементарна справедливість підказують: коли на шальках терезів є, з одного боку, інтереси постраждалого, якого завідомо неправдиво обмовили (причому з достатньо серйозними наслідками для його долі та репутації) а з іншого — інтереси порушника його прав, то перевага держави повинна бути якраз на стороні завідомо безневинної жертви.

Продовжуючи аналіз відповідної проблеми, зазначу таке: прибічники критикованої мною позиції вказують, що право на безмежну брехню (зокрема, й безкарну можливість зводити наклеп на завідомо невинуватого), начебто, надає підозрюваному / обвинуваченому сам законодавець, дозволяючи тому вдаватися до будь-яких незаборонених способів захисту. При цьому вони посилаються на ч. 6 ст. 55 Конституції України[1165] [36] та ч. 1 ст. 22 КПК 2012 р.[1166] [39]. Варто з'ясувати, чи є такі аргументи коректними та правильними за своєю суттю.

Розпочну з аналізу підходу, відображеного у ч. 1 ст. 22 КПК. Там йдеться про те, що сторони обвинувачення та захисту обстоюють їхні правові позиції, права, свободи й законні інтереси «засобами передбаченими цим Кодексом». При цьому адепти такої позиції чомусь так і не спромоглися навести конкретне положення вітчизняного КПК, де було б прямо передбачено, що обстоювання власних інтересів можливе

1165

[1165] Конституція України : Закон від 08.06.1996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text

[1166] Кримінальний процесуальний кодекс України. Там само.

шляхом обмови завідомо невинуватого. А не змогли вони цього зробити по одній дуже простій причині — тому що його просто не існує.

Що стосується посилання на положення ч. 6 ст. 55 Конституції як на підтвердження критикованої мною точки зору, то доцільність такої відсилки теж викликає великі сумніви. Адже там сказано, що «кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань»[1167]. При цьому постають питання (вочевидь, риторичні): 1) від яких це таких «порушень» і «протиправних посягань» неправдиво звинуваченої жертви, має захищатися той, хто сам ницо та підло, не гребуючи жодними засобами, зводить наклеп на завідомо невинуватого? 2) хто у такому разі вчиняє протиправне посягання: порушник чи постраждалий від його діяння? Як видається, відповіді на такі питання для будь-якої розсудливої людини із середньовираженим почуттям справедливості є достатньо зрозумілими та ясними…

Окрім того, для мене безсумнівним є й те, що нинішня регламентація аналізованого питання у ст. 384 КК йде врозріз із деякими «ключовими» завданнями кримінального судочинства — а саме тими, аби «жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу» (ст. 2 КПК).

Отож, я повністю поділяю позицію розробників Проєкту КК 2019–2025 р. у тому, що обмова підозрюваним / обвинуваченим завідомо невинуватого у вчиненні кримінального правопорушення однозначно не може вважатися допустимим (причому як з юридичної точки зору, так і з морального погляду) способом захисту та що таку поведінку із категорії зловживання правом слід перевести у категорію злочинів.

Водночас наявність схвальних в цілому відгуків аж ніяк не виключає й низки критичних міркувань. До зауважень слід віднести те, що:

1) із формулювання п. 2 ст. 8.2.5 Проєкту станом на 17.02.2024 («будучи підозрюваним чи обвинуваченим, обмовила іншу людину у вчиненні кримінального правопорушення») чітко не зрозуміло, чи йдеться при цьому про обмову конкретної людини чи ні. Бо якщо цей учасник процесу насправді вчинив кримінальне правопорушення, але з метою відведення підозри від себе неправдиво вказує, що це зробив не він, не називаючи при цьому конкретного «винуватця», то він усе одно фактично стверджує, що це діяння вчинила якась людина (адже кримінальне правопорушення само собою не вчиняється, завжди є його суб'єкт, хоч нерідко й невідомий працівникам правоохоронних органів). Чи слід за таких умов притягувати цього учасника процесу до кримінальної

[1167] Конституція України. Там само.

відповідальності? Вважаю, що ні. Такий підхід видається занадто категоричним. Склад введення в оману суду або іншого уповноваженого органу (ст. 384 КК) /склад «перешкоджання встановленню факту та обставин вчинення кримінального правопорушення» (ст. 8.2.5 Проєкту КК 2019–2025 р.р) не потрібно поширювати на будь-які спроби фактично винного уникнути кримінальної відповідальності (чи добитися будь-яких інших бажаних та вигідних для себе рішень). Основним при цьому повинна бути відсутність обмови іншої конкретної людини у вчиненні того діяння, яке інкриміноване цьому учаснику процесу.

Простіше кажучи: якщо в ході допиту підозрюваний /обвинувачений з метою відведення підозри у вчиненому ним кримінальному правопорушенні на запитання про те, хто вчинив це діяння, неправдиво вказує на те, що це зробив не він, а на чергове запитання працівників правоохоронних органів про те, хто ж то міг би бути, говорить приблизно таке: «Не знаю. Осіб, які б могли це вчинити, предостатньо. Це ж ви працівники органів, що ведуть кримінальний процес, це ваші робота та завдання з'ясувати відповідні обставини й довести їх, а не моє, от і розбирайтеся в цьому», то таку поведінку слід оцінювати як допустимий спосіб захисту (хоч можна та треба критикувати її з огляду на норми моралі). Проте якщо той же підозрюваний /обвинувачений з метою відведення підозри від себе чи з будь-яких інших міркувань, зокрема, й з мотивів помсти, явно неправдиво звинувачує іншу конкретну завідомо невинувату людину (Анну, Петра, Василя, Катерину тощо) як ту, що начебто вчинила інкриміноване йому діяння, то дивитися на це крізь пальці і-вітчизняний правотворець, і розробники Проєкту КК не мають анінайменшого права;

2) автори Проєкту КК, пропонуючи встановити кримінальну відповідальність підозрюваного / обвинуваченого за обмову іншого у вчиненні кримінального правопорушення забувають про те, що не виключена обмова завідомо невинуватого у вчиненні ще й іншого суспільно небезпечного діяння: а) суспільно небезпечного діяння неповнолітнього, котрий не досяг віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність та б) суспільно небезпечного діяння неосудного. Посягання на інтереси двох останніх категорій осіб (які є незрівняно «слабшими», вразливішими у порівнянні із тим, хто може визнаватися суб'єктом кримінального правопорушення — а це підтверджується тим, що у КПК законодавець невипадково надає їм «посилені» процесуальні гарантії) повинно, навпаки, каратися більш суворо, а не залишатися взагалі без правового регулювання;

б) розробники Проєкту КК (а чинний законодавець — і поготів!) залишають поза увагою ту обставину, що обмовити завідомо

невинуватого у вчиненні кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння здатні (окрім, звісно, потерпілих та свідків) не лише підозрювані та обвинувачені, але й інші особи, які мають право на захист — ті, стосовно кого вирішується питання про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру. Якщо вони на момент вчинення аналізованого діяння: а) досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за скоєне, б) усвідомлюють значення своїх дій та можуть керувати ними у питанні щодо обмови завідомо невинуватого (тобто щодо цього діяння вони є повністю осудними), то немає ніяких принципових та логічних виправдань для того, аби не притягувати їх до кримінальної відповідальності (звісно ж, *de lege ferenda*, якщо законодавець прислухається до моїх пропозицій):

– і обмежено осудного, щодо якого вирішується питання щодо застосування примусових заходів медичного характеру;

– і неосудного, стосовно якого приймається аналогічне рішення (бо він може бути визнаний неосудним у вчиненні одного («первісного») діяння, і повністю осудним — у тому, що намагається «очорнити» завідомо невинуватого);

– і до прикладу, 17-річного підлітка, як особи, стосовно якого вирішується питання щодо застосування примусових заходів виховного характеру (який при цьому не має статусу підозрюваного/ обвинуваченого) та який є повністю осудним і у вчиненні «первісного» діяння, і «наступного» діяння, яке полягає в обмові невинуватого.

З огляду на це, формулювання п. 2 ст. 8.2.5 Проєкту КК України у більш пізній редакції від 21.07.2025[1168] (де було частково враховано висловлені мною пропозиції[1169]), у якому передбачено відповідальність особи, котра «будучи підозрюваним чи обвинуваченим, обмовила завідомо невинувату іншу людину у вчиненні кримінального правопорушення чи іншого протиправного діяння, передбаченого цим Кодексом», є куди кращим за його первісний варіант (викладений, до прикладу, у вказаному Проєкті станом на 17.02.2025)[1170], проте теж недосконалим.

[1168] Текст Проєкту нового Кримінального кодексу України (станом на 21.07.2025). URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2025/08/20/00-kontrolnyj-proyekt-kk-21-07-2025.pdf

1168

[1169] Акт впровадження результатів наукової роботи В. В. Навроцької «Взаємозв'язки й колізії кримінального процесуального та кримінального законодавства України» Робочої групи з питань розвитку кримінального права Комісії з правової реформи № 03/2025 від 26.03.2025 р.

1170

[1170] Текст Проєкту нового Кримінального кодексу України (станом на 17.02.2025). URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2025/02/17/kontrolnyj-tekst-proyektu-kk-17-02-2025-dlya-opublikuvannya.pdf

Висновки. Отож, аналіз питання притягнення до кримінальної відповідальності особи, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, за обмову завідомо невинуватого у вчиненні кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння (*de lege ferenda*) дає підставу стверджувати, що:

1) право підозрюваних / обвинувачених (а також інших осіб, щодо яких здійснюється кримінальне переслідування) на захист не є безмежним, а тому вони *de lege ferenda* повинні нести кримінальну відповідальність за обмову завідомо невинуватого;

2) ідея авторів Проєкту КК 2019–2025 р.р. щодо необхідності встановлення кримінальної відповідальності підозрюваного / обвинуваченого за обмову іншого у вчиненні кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння (п. 2 ст. 8.2.5 Проєкту КК) підлягає усілякому схваленню; водночас вона має резерви для удосконалення;

3) існує потреба доповнення п. 2 ст. 8.2.5. Проєкту КК в редакції від 21.07.2025 р. «Перешкоджання встановленню факту та обставин діяння, передбаченого цим Кодексом» вказівкою на те, що таке перешкоджання може вчиняти не лише підозрюваний / обвинувачений, а й будь-яка інша особа, стосовно якої здійснюється кримінальне переслідування.

КНИГА 3

Розвиток законодавства у сфері правосуддя та судової влади в умовах війни та повоєнної відбудови

Розділ 1. ПЕРЕХІДНЕ ПРАВОСУДДЯ ЯК МОДЕЛЬ ПОСТВОЄННОГО ВІДНОВЛЕННЯ: СТРАТЕГІЯ ДЛЯ УКРАЇНИ

Оксана КВАША,
доктор юридичних наук, професор, заступник голови Вищої ради правосуддя, провідний науковий співробітник відділу проблем кримінальної юстиції та кримінології Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України

ORCID: https://orcid.org/ 0000-0002-9832-6070

Визначена нагальна потреба у науково-теоретичній розробці цілісного, комплексного стратегічного документу, який має стати дієвим практичним механізмом впровадження євроінтеграційних вимог до нашої держави у сфері правосуддя поряд із трансформацією судової та правоохоронної системи і профільного законодавства. Обґрунтовано некоректність поняття «перехідне правосуддя», оскільки зміст, який в нього вкладається, є набагато ширшим. Перехідне правосуддя — це не лише судові процедури, а й трансформація всіх галузей законодавства — кримінального, адміністративного, цивільного тощо, а також триваюча майже 10 років судово-правова трансформація, реформа правоохоронних органів тощо. Під час безпосереднього законотворчого процесу над проєктом відповідного закону слід застосувати поняття «перехідна юстиція». На основі узагальнення проведених в Україні наукових досліджень цієї проблематики визначено орієнтовний і невичерпний набір складових кожного із чотирьох елементів світової моделі правосуддя перехідного періоду. Модель перехідного правосуддя/юстиції визначена як система чотирьох взаємопов'язаних елементів — 4В, а саме: Відплата винним, Відшкодування жертвам, Встановлення правди, Впровадження заходів з превенції конфліктів. Впровадження наведених елементів перехідного правосуддя в Україні має відбуватись паралельними напрямами та взаємоузгоджено. Місією перехідного правосуддя є забезпечення в повоєнній Україні верховенства права як логічного і закономірного наслідку справедливого покарання винних у вчиненні воєнних злочинів, відшкодування потерпілим особам заподіяної шкоди та поновлення прав жертв військової агресії, встановлення історичної правди, швидкого та ефективного впровадження інституційних реформ

правоохоронних, судових, військових, розвідувальних та інших органів. Пріоритетним завданням державної політики України має стати розробка стратегії, «Дорожньої карти» перехідного правосуддя з урахуванням світового досвіду, найкращих зарубіжних практик, наукового підґрунтя, і, безумовно, на основі національної української культури та менталітету, детермінантів російсько-української війни та унікальності сучасної військово-політичної ситуації. Обґрунтовано доцільність розробки Проєкту Закону «Про Стратегію перехідної юстиції в Україні».

Ключові слова: перехідне правосуддя, перехідна юстиція, справедливість, стратегія, модель, верховенство права, суд, злочин агресії, воєнні злочини, міжнародні злочини, притягнення до кримінальної відповідальності, відплата винним, відшкодування жертвам, встановлення правди, впровадження заходів з превенції конфліктів

Oksana KVASHA,

TRANSITIONAL JUSTICE AS A MODEL FOR POST-CONFLICT RECONSTRUCTION: A STRATEGY FOR UKRAINE

An urgent need for the scientific and theoretical development of a holistic, comprehensive strategic document has been identified, which should become an effective practical mechanism for implementing European integration requirements for our state in the field of justice, along with the transformation of the judicial and law enforcement system and specialized legislation. The incorrectness of the concept of “transitional justice” has been substantiated, since the content it contains is much broader. Transitional justice is not only judicial procedures, but also the transformation of all branches of legislation — criminal, administrative, civil, etc., as well as the judicial and legal transformation that has been going on for almost 10 years, the reform of law enforcement agencies, etc. During the direct legislative process on the draft of the relevant law, the concept of “transitional justice” should be applied. Based on the generalization of scientific research conducted in Ukraine on this issue, an approximate and inexhaustible set of components of each of the four elements of the world model of transitional justice has been determined. The transitional justice model is defined as a system of four interconnected elements — 4B, namely: Retribution for the guilty, Compensation for victims, Establishment of the truth, Implementation of conflict prevention measures. The implementation of the above elements of transitional justice in Ukraine should take place in parallel directions and in a mutually agreed manner. The mission of transitional justice is to ensure the rule of law in post-war Ukraine

as a logical and natural consequence of fair punishment of those guilty of committing war crimes, compensation to the victims for the harm caused and restoration of the rights of victims of military aggression, establishment of historical truth, rapid and effective implementation of institutional reforms of law enforcement, judicial, military, intelligence and other bodies. The priority task of the state policy of Ukraine should be the development of a strategy, a "Roadmap" of transitional justice, taking into account world experience, best foreign practices, scientific basis, and, of course, based on the national Ukrainian culture and mentality, the determinants of the Russian-Ukrainian war and the uniqueness of the modern military-political situation. The feasibility of developing a Draft Law "On the Strategy of Transitional Justice in Ukraine" is substantiated.

Key words: transitional justice, transitional justice, justice, strategy, model, rule of law, court, crime of aggression, war crimes, international crimes, criminal prosecution, retribution for the guilty, compensation for the victims, establishing the truth, implementation of conflict prevention measures.

Місія судової системи за будь-яких умов, навіть війни, полягає у здійсненні правосуддя. Згідно Конституції України у період воєнного стану всі гілки влади повинні діяти в належний спосіб, тобто ідентично до періоду мирного часу. Суди повинні здійснювати правосуддя справедливо та незалежно. Забезпечення права на справедливий суд є одним із фундаментальних прав людини. Як в умовах майбутнього миру в нашій державі, так і під час триваючої понад 10 років війни, є *потреба у відновленні справедливості*, що передбачає насамперед реалізацію судами України кримінальної відповідальності та покарання осіб, які скоїли воєнні, і загалом міжнародні злочини.

Слід особливу увагу приділити розумінню справедливості як конститутивної складової правосуддя. Категорія справедливості має світоглядний характер і є тим фундаментом, на якому має засновуватись система права в Україні. Право на справедливий суд традиційно розглядається у взаємозв'язку із принципом верховенства права. Здійснюючи свою функцію, судді відіграють визначну роль у суспільстві як гаранти верховенства права та справедливості[1171]. В інтерпретації ЄСПЛ право на справедливий суд входить до принципу верховенства права. Верховен-

1171

[1171] Висновок КРЄС № 25 (2022) про свободу вираження поглядів суддів. КОНСУЛЬТАТИВНА РАДА ЄВРОПЕЙСЬКИХ СУДДІВ (ССЈЕ/КРЄС). Страсбург, 02.12.2022. URL: https://hcj.gov.ua/sites/default/files/field/vysnovok_25_2021_1.pdf

ство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті насамперед ідеєю справедливості. Можливо, саме такий підхід застосовано вітчизняним законодавцем при ухваленні закону «Про правотворчу діяльність». Адже першим у переліку принципів правотворчої діяльності розміщено принцип «*верховенства права*, що включає, але не виключно, принципи законності, юридичної визначеності, запобігання зловживанню повноваженнями, рівності перед законом та недискримінації, доступу до правосуддя»[1172]. Як вбачається, про справедливість тут не йдеться, як і загалом у цьому законі. Проте, формулювання «включає, але не виключно» можна тлумачити таким чином, що право на справедливий суд презюмується. Справедливість є однією з основних засад права, вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права.

Усі принципи та права, а також їхня взаємодія забезпечують реалізацію єдиного та універсального принципу: кримінальне провадження має бути справедливим. Провадження в міжнародних кримінальних трибуналах чітко керується цим всеосяжним принципом[1173].

Збройна агресія росії проти України, яка розпочалася у 2014 р., актуалізувала необхідність застосування в державі моделі перехідного правосуддя, яку із середини минулого сторіччя активно використовують у світі для забезпечення розбудови миру та досягнення сталого розвитку постконфліктних (поставторитарних) країн[1174]. Очевидно, що модель перехідного правосуддя несе місію відновлення справедливості у поствоєнному суспільстві.

Зважаючи на вищенаведене, актуальним для Україні є формування *національної стратегії перехідного правосуддя*, звісно, з врахуванням досвіду держав, які успішно його застосовували у постконфліктний чи поствоєнний період.

Загальновизнано, що верховенство права відіграє провідну роль у парадигмі принципів права. Принцип верховенства права не може бути надмірним, він завжди домінуючий, оскільки його реалізація забезпечує досягнення мети правосуддя — поновлення справедливості

[1172] Про правотворчу діяльність. Закон України від 24.08.2023. 3354-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3354-20#Text

1172

[1173] Касезе А., Гаета П., Бейг Л., Фен М., Госнелл К., Вайтінг А. Міжнародне кримінальне право Кассезе. Львів : Літопис, 2025. С. 580–581.

[1174] Філатов В. В. Модель перехідного правосуддя в сучасному міжнародному праві : дис. … д-ра юрид. наук. 12.00.11. Одеса, 2024. С. 24.

та ефективної діяльності системи кримінальної юстиції[1175]. Відповідно можна прогнозувати, що його забезпечення та відновлення після війни повинні бути серед завдань правосуддя. Після встановлення справедливого миру перед судовою системою України стоятимуть надскладні завдання та виклики: 1) ефективний розгляд значної кількості справ про воєнні та міжнародні кримінальні правопорушення, вчинені в Україні; 2) зміцнення рівня довіри українського суспільства до судових рішень. Реалізація цих цілей не можлива без заповнення наявних суддівських вакансій і подолання кадрового дефіциту у судах.

Отже, в умовах все ще триваючої війни, розпочатих спроб мирних перемовин, сподівань на швидкий, але справедливий мир в нашій державі актуалізована потреба у відновленні справедливості, що передбачає насамперед реалізацію судами України кримінальної відповідальності та покарання осіб, які скоїли воєнні, міжнародні злочини.

Держава уже сьогодні повинна розробляти ***стратегію*** переходу «від війни до миру», адже цей процес, очевидно, буде надскладним, поетапним, потребуватиме трансформації всіх сфер життєдіяльності українського суспільства: як то у сфері економіки та соціального управління, так і щодо протидії злочинності та здійснення правосуддя тощо.

Доречно зазначити, що станом на середину 2025 р. відсутньою є стратегія судової реформи (строк дії попередньої стратегії судової реформи завершився у 2023 році). Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки, яка було затверджена Указом Президента України від 11.06.2021 № 231/2021, визначала основні засади та напрями подальшого сталого функціонування та розвитку системи правосуддя з урахуванням кращих міжнародних стандартів та практик, а також пріоритети удосконалення положень законодавства у сфері судоустрою, статусу суддів, судочинства та інших інститутів правосуддя, впровадження невідкладних заходів для забезпечення позитивних зрушень у функціонуванні відповідних правових інститутів[1176].

В. В. Філатов слушно наголошує на відсутності в Україні комплексних наукових досліджень моделі перехідного правосуддя, у яких було б розкрито її міжнародно-правову природу та особливості застосування в

[1175] Голуб Я. О. Верховенство права як конституційний принцип кримінального законодавства та правосуддя. *Альманах права. Правові засади нормотворчої діяльності: національний і зарубіжний досвід* : До 75-річчя Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 1949–2024. 2024. Вип. 15. С. 524.

1176

[1176] Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки. Указ Президента України від 11.06.2021 № 231/2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231/2021#Text

умовах національного контексту. Відсутність в державі цілісності стратегії перехідного правосуддя призводить до несприйняття суспільством її окремих принципів[1177].

До того ж варто наголосити, що міжнародним досвідом не сформовано єдиної концепції перехідного правосуддя, тому впровадження певної моделі в кожній країні завжди буде мати свої певні особливості, які будуть залежати від особливостей країни, суспільства, етнічних, релігійних і гендерних чинників[1178].

Отже, наразі відсутній комплексний програмний документ, який містив би сучасну стратегію реформи системи правосуддя, відповідну специфіці діяльності судів під час війни і післявоєнної відбудови, а також чіткі реакції на зобов'язання щодо інтеграції України до Євросоюзу.

Так, Офіс Президента України готує проєкт Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на п'ять років[1179]. Робота над документом триває. Очевидно, що розробники повинні врахувати вимоги Дорожньої карти з верховенства права — один з найбільш важливих документів щодо підготовки України для вступу в ЄС, що був схвалений КМУ 14.05.2025. Міністерство юстиції України 17.06.2025 надало роз'яснення про те, що таке Дорожня карта з питань верховенства права і для чого вона потрібна: «Дорожня карта з питань верховенства права визначає, які законодавчі та інституційні зміни необхідно впровадити, щоб Україна змогла вступити до Євросоюзу у 2030 р. Дорожня карта охоплює чотири тематичні блоки: «Правосуддя»; «Боротьба з корупцією»; «Основоположні права»; «Юстиція, свобода та безпека». Тобто вона передбачає зміцнення судової системи та системи прокуратури, а також забезпечення незалежності суддів, боротьбу з корупцією, впровадження антикорупційних заходів, забезпечення захисту прав і свобод людини, рівності перед законом для всіх громадян, а також посилення інституційної спроможності та ефективності органів правопорядку відповідно до європейських стандартів. Згідно з Дорожньою картою, Україна повинна виконати 530 заходів, щоб досягнути 124 стратегічні результати»[1180].

[1177] Філатов В. В. Модель перехідного правосуддя в сучасному міжнародному праві. Там само.

[1178] Грушко М., Мануїлова К. Концепція перехідного правосуддя в умовах збройного конфлікту в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 3. С. 312–316.

[1179] URL: https://www.president.gov.ua/news/ofis-prezidenta-gotuye-proyekt-strategiyi-rozvitku-sistemi-p-94161

[1180] Що таке Дорожня карта з питань верховенства права і для чого вона потрібна — пояснює Міністерство юстиції України. URL: https://court.gov.ua/archive/1830706/

1179

1180

І все ж нагальною потребою є науково-теоретична розробка цілісного, комплексного стратегічного документу, який має стати дієвим практичним механізмом впровадження євроінтеграційних вимог до нашої держави у сфері правосуддя поряд із трансформацією судової системи і профільного законодавства.

Не слід забувати і про ратифікацію Україною Римського статуту та поправок до нього. У «Звіті за результатами впровадження 3-ї фази проєкту «Моніторинг судових проваджень та аналіз судових рішень у справах про воєнні злочини (за ст. 438 КК України)» зазначено, що цей звіт готується на тлі важливого історичного кроку: 21.08.2024 ВРУ ратифікувала Римський статут, що підтвердило прагнення України до послідовного впровадження принципів міжнародного гуманітарного та кримінального права….»[1181]. Україна відтепер зможе брати активну участь у діяльності МКС, делегувати суддів до цього Суду, також це покращить процес обміну інформацією та доказами між національними органами кримінальної юстиції та МКС. Відповідно зростають шанси на швидке та ефективне розслідування воєнних та міжнародних злочинів, відновлення порушених прав потерпілих від таких злочинів.

Слід наголосити, що 24.02.2022, коли розпочалася повномасштабна збройна агресія рф проти України, українська судова система після 8 років гібридної війни була здатною забезпечити здійснення правосуддя та доступ громадян до нього на всій території України. ВС і ВРП було забезпечено передачу справ, зміна підсудності, переведення суддів з судів з тимчасово окупованих територій до судів на підконтрольних територіях. Судова система України не зупинилась ні на день, і сьогодні продовжує працювати й забезпечувати доступ до правосуддя для українських громадян під час війни.

В Законі «Про правотворчу діяльність» йдеться про таке: програмний документ публічної політики приймається, видається або укладається у формі, у тому числі … 2) доктрини, *стратегії* — для розроблення документів прогнозування розвитку країни, окремого виду суспільних відносин на довготривалий період та способів досягнення поставленої мети [1182]. У Науково-практичному коментарі Закону «Про правотворчу діяльність» щодо цього пункту в якості прикладу йдеться про *Стратегію воєнної безпеки України*, затверджену Указом Президента України

[1181] Звіт за результатами впровадження 3-ї фази проєкту «Моніторинг судових проваджень та аналіз судових рішень у справах про воєнні злочини (за ст. 438 КК України)». Вересень 2025. С. 11.

[1182] Про правотворчу діяльність. Закон України. *Там само*.

від 25.03.2021 № 121/2021. Відповідно до п. 20 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України від 21.06.2018 *Стратегія воєнної безпеки — документ*, у якому викладається *система поглядів* на причини виникнення, сутність і характер сучасних воєнних конфліктів, принципи і шляхи запобігання їх виникненню, підготовку держави до можливого воєнного конфлікту, а також на застосування воєнної сили для захисту державного суверенітету, територіальної цілісності, інших життєво важливих національних інтересів. Цей Закон передбачає ще низку стратегій як програмних документів публічної політики. До них, зокрема, віднесено: Стратегія національної безпеки, Стратегія кібербезпеки України, Стратегія громадської безпеки та цивільного захисту України, Стратегія розвитку оборонно-промислового комплексу України. Ще одним прикладом стратегії як програмного документа публічної політики є Антикорупційна стратегія[1183].

Відповідно до вищенаведеного розробка стратегії перехідного правосуддя становитиме одну з форм Програмного документу *публічної політики*. *Стратегія* в загальному розумінні — це мистецтво досягнення мети на перспективу, іншими словами — це схема дій на тривалий час. Залежно від виду діяльності фірми, галузі, в якій вона функціонує, від потенціальних можливостей, оточення та інших умов така загальна схема будується на термін більше ніж рік, два, п'ять чи на інший період часу. Тому її називають стратегією. Досягнення стратегічної мети можливе шляхом досягнення тактичних цілей, як частини стратегічної мети, лише на нижчому рівні і в меншому масштабі та на коротшому часовому проміжку[1184].

Звернемось до історії. В період української національної державності 1917–1920 рр. (Української Народної Республіки (УНР), Західноукраїнської Народної Республіки (ЗУНР) тощо) здійснено низку прогресивних напрацювань щодо практичного впровадження демократично-правової теорії поділу державної влади, *забезпечення функціонування судової влади*[1185] (курсив мій. О. К.). У юридичній науці існує підхід до розуміння періоду розвитку української національної державності 1917–

[1183] Науково-практичний коментар Закону України «Про правотворчу діяльність» / За заг. ред. Стефанчука Р. О. Київ : Вид-во Ліра-К, 2024. С. 235–236.

[1184] Шургот Б. Й., Пирожак Є. К., Сенів Р. В. Концепція, стратегічна ціль і стратегія: понятійний апарат, варіанти, умови застосування. *Науковий вісник НЛТУ України. 2012.* Вип. 22. С. 368.

[1185] Булкат М. С. Теоретико-правові засади судової влади: сучасний концепт : дис. … докт. юрид. наук. Київ, 2019. С. 90.

1920 рр. (Української Народної Республіки (УНР), Західноукраїнської Народної Республіки (ЗУНР) тощо) та судочинства, судоустрою, судової влади — домінантним серед вітчизняних правників є підхід щодо створення української національної державності в період 1917–1920 рр.[1186]. Його прихильники звертаються до положень так званої концепції транзитивності. Крім того, у концепції транзитивності своєрідним чином вирішено питання щодо легальності влади в державах перехідного періоду (транзитивних державах). Ці положення ґрунтуються на теоретичних напрацюваннях дослідників, які не вважають легальність та легітимність обов'язковими ознаками влади перехідної держави[1187]. Спірна думка, адже за умов нелегітимності державної влади, судова влада як складова державної, теж не може бути визнана легітимною.

В Україні запровадження принципів перехідного правосуддя ініційовано Українською Гельсінською спілкою з прав людини у 2015 році, тоді як сам термін «перехідне правосуддя» був знайомий лише вузькому колу фахівців у сфері міжнародного права та представникам міжнародних інституцій[1188].

Російсько-українська війна призвела до масових порушень прав людини, тому проєкт захисту прав людини є основою, фундаментом концепції перехідного правосуддя (*Transitional Justice)*. Багато країн уже пройшли цей складний шлях застосування моделі перехідного правосуддя. Формування *української стратегії перехідного правосуддя/юстиції* має стояти на пріоритетному порядку денному (на основі найкращих зарубіжних практик, наближених до національного досвіду).

Попри те, що російсько-українська війна триває, роботу над стратегією перехідного правосуддя варто розпочинати вже зараз. Завдяки заздалегідь підготовленим напрацюванням є змога завчасно зробити її максимально ефективною, спрямованою як на притягнення до відповідальності винних у найтяжчих злочинах, так і важливим елементом у процесі мирного врегулювання збройного конфлікту та подолання його наслідків[1189].

[1186] Історія держави і права України : підручник. у 2-х т. / за ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина, В. Д. Гончаренка. Т. 2. Кол. авт. : В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький та ін. Київ : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 43, 133.

[1187] Судова влада в Україні: історичні витоки, закономірності, особливості розвитку : монографія / авт. кол. : В. С. Бігун, І. Й. Бойко, Т. І. Бондарук, К. А. Вислобоков та ін. Київ : Наукова думка, 2014. С. 312.

[1188] Блага А., Мартиненко О. Концепція перехідного правосуддя в Україні: уведення у площину юридичної науки. *Юридичний вісник.* 2019. № 4. С. 32.

[1189] Кіщенко С. Комісія зі встановлення правди: міжнародний досвід та реалії України. Київ, 2020. URL: https://library.fes.de/pdf-files/bueros/ukraine/17232.pdf

Коли ж перехідне правосуддя як модель для кризових суспільств з'явилося вперше? Панівним у юридичній науці є визнання авторства Н. Кріца, який у 1995 р. виклав свої ідеї у книжці «Перехідне правосуддя: як демократіям, що зароджуються, розквитатися з колишніми режимами». Вважається, що концепція перехідного правосуддя бере свій початок із середини 1990-х років. На думку вітчизняних дослідників, у період з 1974 р. більше ніж 100 країн мали досвід переходу від недемократичного режиму до демократії або від збройного конфлікту до миру. Отже, своєю появою концепція перехідного правосуддя завдячує великою мірою правозахисним кампаніям, які розгорталися в різних країнах світу як реакція на серйозні порушення прав людини і/або гуманітарного права[1190].

Уже в 2004 р. Генеральний секретар Організація об'єднаних націй (далі — ООН) у своєму звіті дав визначення перехідному правосуддю і назвав невичерпний перелік його складових частин. ООН визначає правосуддя перехідного періоду як комплекс процесів та механізмів, пов'язаних зі спробами суспільства подолати тяжкі наслідки масштабних порушень законності в минулому з метою забезпечити підзвітність, справедливість і примирення. До комплексу перехідного правосуддя можуть відноситися як судові, так і несудові механізми з різним ступенем міжнародної участі (або взагалі без такої), а також окремі дії щодо судового переслідування, відшкодування збитків, встановлення фактів, інституційної реформи, попереднього огляду та припинення справ або поєднання вищеописаних дій[1191]. У наведеному положенні важливим є все, однак пріоритетною вважаю ідею про поєднання в межах перехідного правосуддя як судових, так і позасудових процедур. До останніх відносять гібридні механізми, освітні процеси, встановлення істини через квазісудові інституції тощо[1192]. Очевидно, позасудові способи відновлення справедливості слід розглядати в контексті широкого розуміння поняття «правосуддя», коли йдеться не лише про судову діяльність, але й «діяльність інших юрисдикційних органів, які створені для захисту порушених прав та законних інтересів»[1193].

[1190] Базове дослідження із застосування правосуддя перехідного періоду в Україні монограф. / за заг. ред. А. П. Бущенка, М. М. Гнатовського. Київ : РУМЕС, 2017. С. 12.

[1191] Доповідь Генерального Секретаря з питань верховенства права та перехідного правосуддя у конфліктних та постконфліктних суспільствах. UN Doc. № S / 2004/616. URL: https://undocs.org/ru/S/2004/616

[1192] Червякова О. В. Механізми та процеси перехідного правосуддя: міжнародний досвід для відновлення суверенітету і національної безпеки України. *Право і безпека — Law and Safety.* 2023. № 3 (90). С. 138.

[1193] Ватаманюк Л. Кореляція наукових підходів щодо дефініції правосуддя. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: «Юридичні науки».* Т. 7. № 2. 2020. С. 44. URL: http://doi.org/10.23939/law2020.26.042

З іншого боку, очевидно, є сенс у позиції вчених, які наголошують на невідповідності назви «перехідне правосуддя» змісту цієї діяльності. Так, О. Плотніков, згадуючи наведене нами вище визначення транзитивної юстиції Генерального Секретаря ООН (що вважають першим офіційним), наводить важливі дані щодо перекладу цього документу. Вчений констатує: «… наведений фрагмент перекладений автором українською з офіційного російського перекладу доповіді Генерального Секретаря. Саме в російському перекладі термін «*transitional justice*» перекладено як «правосуддя перехідного періоду». Цей переклад став зразком для інших публікацій ООН. Вочевидь, саме внаслідок використання в офіційних перекладах російською мовою, аналогічним чином термі «*transitional justice*» почали перекладати і українською. Наразі ж, термін «*правосуддя перехідного періоду*» став звичним через багаторазовість та одноманітність застосування» (курсив мій. — О. К.). [1194] У цьому контексті слід погодитись із думкою правників: «Великою мірою труднощі українського юридичного перекладу закорінені в нашому колоніальному минулому. Не таємниця, що офіційні українські переклади робили часто не з англійського оригіналу, а вже з російського перекладу або під його впливом. У колективній свідомості фахової спільноти сформувалися інтелектуальні матриці, що десятиліттями тиражували термінологічні покручі — р о с і я н і з м и за формою і с о в є т и з м и за змістом»[1195].

Також Л. Г. Матвєєва попри те, «що у національному праві переважно використовується термін «перехідне правосуддя», приєднується до точки зору науковців, які вважають, що термін «транзитивна юстиція» є більш відповідним сутності цього інституту»[1196]. Вчена посилається, зокрема, на праці Козакевича О. М. «Доступність правосуддя у транзитивному суспільстві: сучасний вимір» (Київ: Юридика, 2023. 246 с.).

Справді, Конституція України однозначно закріпила, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Тому, коли ми говоримо про

[1194] Плотніков О. «Правосуддя перехідного періоду» чи «транзитивна юстиція»: до питання про визначення терміну. *Український часопис міжнародного права.* 2016. № 4. С. 44–45.

[1195] Англійсько-український правничий словник складної лексики / [уклад. : Сергій Головатий, Леся Пономаренко ; вступ. ст. : Сергій Головатий, Богдан Ажнюк ; за ред. Сергія Головатого, Богдана Ажнюка] ; Конституц. Суд України, Пост. коміс. з питань правн. термінології ; Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні НАН України. 2-ге вид. Харків : Право, 2025. С. 3.

[1196] Матвєєва Л. Г. Становлення національної концепції транзитивної юстиції. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* Серія ПРАВО. 2024. Вип. 8. Ч. 4. С. 380.

включення до «перехідного правосуддя» і позасудових механізмів, то маємо деяку суперечність із Основним законом. Очевидно, що юстиція є більш широким терміном, який охоплює і правосуддя. Так, у Великому енциклопедичному юридичному словнику «Юстиція (лат. *Justice* — справедливість, правосуддя) — 1) правосуддя; 2) система судів та пов'язаних з їх діяльністю установ. Крім судів до цієї діяльності включають прокуратуру, органі слідства, адвокатуру.…»[1197].

Водночас у 2021 році уже було запропоновано Проєкт Закону про засади державної політики перехідного періоду, де визначено саме поняття «перехідна юстиція»[1198]. Наголошую, що термін «перехідне правосуддя» у Проєкті не застосовувалось, натомість саме поняття «перехідна юстиція» визначено як комплекс заходів, визначених цим та іншими законами, спрямованих на подолання наслідків порушень законності, прав і свобод людини і громадянина, спричинених збройною агресією РФ проти України, включаючи їх відновлення та компенсацію завданої шкоди, забезпечення справедливості та примирення, а також щодо неповторення окупації[1199]. Час довів ґрунтовність та доцільність багатьох запропонованих новел. Однак з 24.02.2022 ситуація кардинально змінилась і законопроєкт, який був розрахований на реалії до повномасштабного вторгнення, до захоплення нових територій України, на сьогодні не може бути визнаний придатним. У «Висновку щодо проєкту закону «Про засади державної політики перехідного періоду», ухваленого Венеційською Комісією на 128-му пленарному засіданні (Венеція та у режимі онлайн, 15–16 жовтня 2021 р.) на основі коментарів пані Вероніки Білкової (членкині Комісії, Чеська Республіка) пана Мартіна Кайєра (заступника члена Комісії, Нідерланди) пані Анґеліки Нуссбергер (членкині Комісії, Німеччина), Проєкт Закону «Про засади державної політики перехідного періоду», підготовлений Міністерством з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України, покликаний створити загальну правову базу для заходів, що мають бути здійснені протягом перехідного періоду[1200]. Ключова теза: єдиний законодавчий акт вбача-

---

[1197] Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю. С. Шемшученка. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ, ТОВ «Вид-во «Юридична думка», 2012. С. 1014.

[1198] Проєкт Закону про засади державної політики перехідного періоду. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72625

1198

[1199] Проєкт Закону про засади державної політики перехідного періоду. *Там само.*

[1200] Висновок щодо проєкту закону «про засади державної політики перехідного періоду». Ухвалено Венеційською Комісією на 128-му пленарному засіданні (Венеція та у режимі онлайн, 15–16 жовтня 2021 р.) URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2021)038-ukr

1200

ється неефективним заходом для вирішення такого широкого спектру питань, що охоплює перехідне правосуддя[1201]. Частково слід погодитись із цією позицією. Спектр нагальних для вирішення питань в абсолютно різних сферах життєдіяльності суспільства не можливо охопити одним законом (і не обмежується правосуддям). Водночас, все ж рамковий закон потрібен, він повинен містити стратегію, певну модель, а вже реалізація складових елементів моделі, очевидно, буде впроваджена в інших нормативно-правових актах різного рівня.

Також протягом низки років ООН видала декілька доповідей і досліджень, пов'язаних з різними аспектами перехідної юстиції. Особливо важливими серед них є такі доповіді і дослідження: Доповідь Генерального секретаря ООН «Верховенство права і перехідна юстиція у конфліктних та постконфліктних суспільствах» 2004 р.; Доповідь Управління Верховного комісара ООН з прав людини «Дослідження щодо права на правду» 2006 р.; «Аналітичне дослідження стосовно прав людини і перехідної юстиції» 2009 р.; Директивна записка Генерального секретаря «Підхід ООН до перехідної юстиції» 2010 р. На міжнародному рівні не існує юридично обов'язкового документа, що регулює питання, пов'язані з *перехідним періодом* та *перехідною юстицією*. Тим не менш, *концепція перехідної юстиції* є добре усталеною в світі. Найбільш активною у цій сфері є ООН[1202].

Тому слід визнати певну некоректність поняття «перехідне правосуддя», оскільки зміст, який в нього вкладається, є набагато ширшим. Водночас, як наведено вище, у вітчизняній правовій сфері наразі переважає термін «перехідне правосуддя». Проте під час безпосередньої законотворчої роботи над проєктом відповідного закону, на мою думку, слід застосувати поняття «перехідна юстиція».

Відновлення справедливості як кінцева мета правосуддя, у тому числі перехідного, не обмежується притягненням винних до кримінальної відповідальності навіть за умов дотримання усіх високих стандартів судочинства. В контексті дослідження особливостей перехідного правосуддя фахівці відзначають, що вже у 1940-х роках закріплюється одне з основних правил — винні особи також повинні мати гарантії на безпеку та справедливий суд[1203].

1201

[1201] Перехідне правосуддя: як та коли до нього перейти? URL: https://parlament.org.ua/analytics/perehidne-pravosuddya/

[1202] Висновок щодо проєкту закону «Про засади державної політики перехідного періоду». Там само.

[1203] Клим О., Чорноиська В. Проблема дефініції «перехідного правосуддя» у сучасному філософсько-правовому дискурсі. *Вісник національного університету «Львівська політехніка».* Серія: «Юридичні науки». 2023. № 1 (37). С. 94.

Однак цими аспектами не вичерпується концепція перехідного правосуддя, яка включає набагато більш широкий комплекс засобів. Ефективне впровадження перехідного правосуддя в Україні можливе лише за умов запровадження відповідної державної політики. Як вірно зазначають вчені, політика, яку слід досягти — в рамках перехідного правосуддя — ґрунтується на дотриманні прав людини, гідності та цінності людської особистості[1204]. Перехідне правосуддя також вимагає заходів щодо забезпечення дотримання принципів верховенства закону, рівності перед законом, відповідальності перед законом, справедливості у застосуванні закону, поділу влади, участі у процесі прийняття рішень, правової визначеності, уникнення свавілля та процесуальної (процедурної) й юридичної прозорості (транспарентності)[1205].

Не існує універсальних правил і порядку застосування перехідного правосуддя для усіх суспільств, що перебувають на стадії транзитного періоду. Історичний контекст виникнення конфлікту є специфічним для кожного суспільства. Вище наводилась позиція Генсекретаря ООН про невичерпний перелік складових частин транзитивного правосуддя. Проте створена основа, зразкова модель перехідного правосуддя, що складається з чотирьох елементів, однак яка може доповнюватись іншими складовими залежно від особливостей суспільства, яке постраждало від конфлікту, авторитаризму, воєнної агресії тощо. При цьому концепцією перехідного правосуддя мають бути охоплені всі соціальні, культурні та економічні права разом із громадянськими й політичними, які зазнають порушень з боку недемократичних режимів та в результаті збройних конфліктів[1206]. Саме за таких умов може бути досягнута місія перехідного правосуддя в Україні — відновлення справедливості після колективної травми, завданої воєнною агресією росії українському суспільству. В умовах тривалості конфлікту, масштабності людських жертв та руйнувань інфраструктури міст та сіл постає проблема колективної травми, завданої українському народу.

Механізм перехідного правосуддя повинен забезпечити покарання винних та встановлення істини, і зрештою — формування колектив-

[1204] Корреа К. Як перехідне правосуддя може допомогти досягти миру в Україні? 2021. URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2021/09/New-Justice_Report_ICTJ_UKR.pdf

[1205] Христова Г. Застосування конституції в умовах перехідного правосуддя : до постановки проблеми в українських реаліях. С. 3 URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Khrystova_TJ_VC_Ukr.pdf

1205

[1206] Клим О., Чорноиська В. Проблема дефініції «перехідного правосуддя» у сучасному філософсько-правовому дискурсі. *Там само.* С. 95.

ної пам'яті народу. Переконана, що під час війни до пріоритетних завдань перехідного правосуддя відноситься не лише притягнення винних у вчиненні воєнних злочинів до відповідальності, але й є здійснення справедливого правосуддя для жертв злочинів. Тому слід погодитись із вченим Ю. В. Орловим, який наголошує: коли йдеться про перехідне правосуддя, варто говорити не тільки і не стільки про деяку процедуру переходу від стану війни до стану миру та/або від недемократичного до демократичного політичного режиму (перехід є процесом, комплексом процедур, що лише позначає спрямованість можливих й бажаних глибинних трансформацій, що складають зміст транзиту, визначають зміст дотранзитного, транзитивного й посттранзитного соціальних кондицій), скільки про роботу із колективними травмами: станами, факторами та наслідками воєнної травматизації суспільства[1207]. Під колективною травмою розуміють деструктивні, дисфункціональні наслідки соціальних перетворень, які стосуються великих груп людей. Як правило, «травматичний ефект, що йде від події як такої, має наслідки не тільки на рівні індивідуальної психіки, але і на рівнях груповому та соцієтальному»[1208]. Оскільки все українське суспільство є колективною жертвою російської агресії, то закономірно, що уже з початку повномасштабного вторгнення росії в Україну на міжнародній арені ставиться питання про залучення міжнародних інституцій для здійснення правосуддя як щодо керівництва держави-агресора, держав-співучасників (пособників), так і щодо кожного російського громадянина, який скоював злочини в Україні.

І до сьогодні поняття перехідного/транзитивного правосуддя немає сталого визначення у світовій юридичній науці. Це обумовлено тим, що цей вид правосуддя застосовувався у державах, які перебували у екстраординарних, кризових, екстремальних умовах, тому його суть (структура, концепція) стали предметом ґрунтовних науково-правових досліджень нещодавно. Перехідне правосуддя — це певна аналітична модель, яка сформувалася на основі історичного досвіду держав, які свого часу зіткнулися із зовнішньою військовою агресією та революціями, її застосування — це об'єктивна потреба, адже без засвоєння такого

[1207] Орлов Ю. В. Кримінологічні орієнтації в стратегії перехідного правосуддя для України: картографія колективних травм війни. *Вісник кримінологічної асоціації України.* 2023. № 2 (29). С. 108.

[1208] Суший О. Проблема колективної травми в українському соціумі та пошук стратегій її опанування. *Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України.* 2014. № 6 (74). С. 19.

досвіду держава просто не зможе вийти з кризового стану і стати на шлях сталого розвитку[1209].

Очевидно, що розробка проблематики перехідного правосуддя в Україні повинна була розпочатися уже у 2014 році після перемоги Революції гідності, на етапі переходу нашої держави від авторитарного режиму до демократії. На жаль, цей процес тоді не розпочався, очевидно й через те, що країна відразу поринула у боротьбу із російською агресією та зазнала анексії частини територій.

Також важливим є питання про те, чи за цей період трансформувалася вітчизняна правова система у ефективний механізм захисту державної і національної безпеки? Вчені критично оцінюють ситуацію, за якої навіть до початку активної фази війни 24 лютого 2022 року не висвітлювалися питання про співвідношення положень міжнародного кримінального права та кримінального права України щодо воєнних злочинів, як і не було спроб обґрунтувати відповідальність не за діяння кожного окремого суб'єкта, а як за системну діяльність ворожої держави, її керівників та виконавців їх задумів. Явно недостатня увага в теорії приділялася співвідношенню загальнокримінальних злочинів та злочинів в сфері міжнародного гуманітарного права[1210] Модель перехідного правосуддя являє собою комплекс процесів і механізмів, пов'язаних зі спробами суспільства подолати масштабні порушення прав людини та міжнародного гуманітарного права, а тому активно має здійснюватися впровадження норм міжнародного кримінального та гуманітарного права у національну правову систему[1211]. І цей процес в Україні уже розпочався.

Щодо наслідків у вигляді притягнення до відповідальності, то на сьогодні можемо констатувати наявність доволі розвинутої бази матеріального права у сфері притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення воєнних злочинів. Насамперед, міжнародне гуманітарне право, яке регулює правила ведення збройних конфліктів, передбачає

[1209] Бойко О. М. Розвиток судочинства в Україні в умовах перехідного правосуддя. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету.* Сер. : Юриспруденція. 2019. № 40. С. 66.

[1210] Навроцький В.О. Конструкція кримінальної відповідальності рф, її очільників та їх клевретів за напад на Україну. Українська кримінальна юстиція в умовах війни : мат-ли VIII (XXI) Львів. форуму кримін. юстиції (м. Львів, 9–11 червня 2022 року). Львів : ЛьвДУВС, 2022. С. 197.

[1211] Ткаченко Є. В., Радченко Я. М., Кириченко В.О. Концепція перехідного правосуддя: апорія конституційно-правового механізму створення. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2024. № 3. С. 123.

істотні заборони щодо дій, які можуть призвести до жертв серед цивільного населення тощо. Відтак, в межах перехідного правосуддя важливою є розробка механізмів притягнення до відповідальності військово-політичного керівництва держави-агресора за зухвале порушення норм міжнародного прав. Вбивства, катування, насильницькі зникнення, обстріли цивільної інфраструктури, знищення культурно спадщини — ось перелік тих злочинів, які вчиняє держава-агресорка в Україні. Окремо слід зазначити порушення прав громадян України на тимчасово окупованих територіях. Передусім йдеться про незаконну депортацію, фільтраційні заходи, протиправне позбавлення волі та взяття цивільних у заручники[1212]. 25.06.2024 ЄСПЛ оголосив рішення по суті міждержавної справи «Україна проти росії (щодо Криму)», у якому вказав, що Уряд України надав вичерпні докази, які ефективно та поза всяким сумнівом продемонстрували масштабні та систематичні порушення представниками російської федерації та підконтрольних їй осіб прав та свобод, що захищаються Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод та Протоколами до неї. ЄСПЛ також зробив висновки щодо системних порушень, які стосуються права на життя, заборони жорстокого поводження, права на свободу та особисту недоторканність[1213].

Російське повномасштабне вторгнення актуалізувало численні правові та інституційні виклики для правової системи України. Зокрема, вчені констатують відсутність в українському законодавстві ефективного механізму компенсації матеріальної шкоди, завданої внаслідок російської агресії від 24 лютого 2022 року, що призводить до неможливості компенсації останньої за наявних юридичних механізмів[1214]. Водночас пошук належних механізмів правосуддя, які принаймні зумовили б адекватну відповідальність за вчинені воєнні злочини та акти державного тероризму, триває і має шанси бути реалізованим саме в межах перехідного правосуддя.

Частина перша статті 1 Статуту ООН проголошує, що ця організація переслідує мету — підтримання міжнародного миру та безпеки, і для

1212

[1212] Філатов В. Перехідне правосуддя: теорія, практика та перспективи для України. Аналітичне дослідження. Дніпро : Громадська приймальня УГСПЛ у м. Дніпро, яка працює на базі ГО ПГ «СІЧ». 2025. 14 с. URL: https://sich-pravo.org/sich-prezentuie-doslidzhennia-pro-perekhidne-pravosuddia/

1213

[1213] ЄСПЛ оголосив своє рішення у міждержавній справі «Україна проти Росії (щодо Криму)». URL: https://www.kmu.gov.ua/news/yespl-oholosyv-svoie-rishennia-u-mizhderzhavnii-spravi-ukraina-proty-rosii-shchodo-krymu

[1214] Махінчук В. Форми відшкодування шкоди, завданої внаслідок міжнародного військового конфлікту: реалії і перспективи національного законодавства та міжнародного права. *Слово Національної школи суддів України.* 2024. № 3 (48). С 7.

реалізації цієї мети має приймати ефективні колективні заходи для попередження та усунення загрози миру і придушування актів агресії або інших порушень миру та проводити мирними засобами у відповідності з принципами справедливості і міжнародного права, вирішення міжнародних спорів або ситуацій, які можуть призвести до порушення миру. Метою діяльності органів кримінальної юстиції перехідного періоду є відновлення справедливості, що включає відповідальність та невідворотність покарання країни-агресора в особі її політичної еліти, а також кожного, хто віддавав злочинні накази чи безпосередньо брав участь у військових діях проти України. Відповідальність і покарання, на мій погляд, повинні бути пріоритетними щодо політичного керівництва російської федерації за злочин агресії. Злочин агресії — базовий, первісний, саме він обумовив вчинення усіх інших воєнних злочинів проти українського народу. По суті, злочин агресії з боку рф — це «*conditio sine qua non*» (умова, без якої немає) масштабності скоєних росіянами воєнних та інших міжнародних злочинів на території України. Тому принцип невідворотності відповідальності та покарання має стосуватися в першу чергу вищого військово-політичного керівництва рф, відносно якого має бути створений спеціальний трибунал.

Починаючи з 1947 року, у багатьох випадках держави вчиняли акти агресії, що є серйозним порушенням статті 2 (4) Статуту ООН, і в кількох випадках Рада Безпеки такі визнала, що такі акти вчинялися державами[1215]. Вже у березні 2022 р. Україна висунула пропозицію створити Спеціальний міжнародний трибунал щодо злочину агресії проти України. 06.02.2025 провідні юридичні експерти Єврокомісії, Європейської служби зовнішніх дій, РЄ, України та 37 держав заклали правові основи для створення Спеціального трибуналу з розгляду злочинів агресії проти України. Учасники також виклали ключові елементи «проєкту Статуту Шумана», основного правового тексту, який регулюватиме функціонування Спеціального трибуналу[1216]. А 09.05.2025 коаліція держав визначила правові основи для створення спеціального трибуналу щодо злочину агресії проти України, зокрема, було заявлено: «Ми підтверджуємо критичну важливість Спеціального трибуналу у здійсненні правосуддя шляхом притягнення до відповідальності тих, хто несе най-

[1215] Касезе А., Гаета П., Бейг Л., Фен М., Госнелл К., Вайтінг А. Міжнародне кримінальне право Кассезе. *Там само.* С. 258–260.

[1216] Коаліція держав визначила правові основи для створення спеціального трибуналу щодо злочину агресії проти України. URL: https://www.president.gov.ua/news/koaliciya-derzhav-viznachila-pravovi-osnovi-dlya-stvorennya-95869

1216

більшу відповідальність за цей найтяжчий міжнародний злочин, скоєний проти України. Ми підкреслюємо, що після створення Спеціальний трибунал, відповідно до свого Статуту, здійснюватиме судочинство у повній повазі до міжнародного права та прав людини з метою забезпечення відповідальності за злочин агресії та зміцнення міжнародного правопорядку»[1217].

На основі узагальнення наявних наукових розробок слід констатувати, що модель перехідного / транзитивного правосуддя традиційно складають чотири структурних елементи, які дослідники іменують по-різному, проте суть залишається незмінною. Наприклад, процес притягнення винних у масових порушеннях до відповідальності та їх покарання за вчинені злочини; процес відшкодування жертвам завданої їм шкоди; процес встановлення правди, повне розслідування порушень, які мали місце в період конфлікту або становили репресивний характер; інституційний процес реформ, який має гарантувати, що такі порушення більше не повторяться[1218]; кримінальне переслідування; відшкодування; констатація істини; інституційні реформи як складова гарантій неповторення[1219]. Концепція правосуддя перехідного періоду в умовах збройного конфлікту в Україні включає в себе чотири стратегічні цілі, які розкриваються через комплекс взаємопов'язаних заходів. Першою стратегічною метою є притягнення винних до відповідальності; другою стратегічною метою є відшкодування шкоди жертвам конфлікту (репарації); третьою стратегічною ціллю перехідного правосуддя в Україні вважають право знати правду; четвертою, стратегічною метою правозахисники визначили гарантії неповторення конфлікту, зокрема, через інституційні реформи, освіту і вільний простір для громадянського суспільства[1220].

1217 [1217] Львівська заява Коаліції держав зі створення Спеціального трибуналу щодо злочину агресії проти України. URL: https://www.kmu.gov.ua/news/lvivska-zaiava-koalitsii-derzhav-zi-stvorennia-spetsialnoho-trybunalu-shchodo-zlochynu-ahresii-proty-ukrainy

[1218] Базове дослідження із застосування правосуддя перехідного періоду в Україні : моногр. *Там само.* С. 588.

1219 [1219] Амністія та люстрація: механізми перехідного правосуддя для майбутнього України. Огляд міжнародної практики та національного законодавства : наук.-практ. вид. / Мартиненко О. А., Семьоркіна О. М. Київ, 2020. 84 с. URL: http://www.ucipr.org.ua/ua/publikatsii/vydannia/amn-st-ya-ta-lyustrac-ya-mehan-zmi-pereh-dnogo-pravosuddya-dlya-maybutnogo-ukra-ni

1220 [1220] УГСПЛ розробила дорожню карту правосуддя перехідного періоду для українського суспільства в умовах збройного конфлікту. URL: https://www.helsinki.org.ua/articles/uhspl-rozrobyla-dorozhniu-kartu-pravosuddia-perekhidnoho-periodu-dlia-ukrains-koho-suspil-stva-v-umovakh-zbroynoho-konfliktu/

Модель перехідного правосуддя/юстиції — це система взаємопов'язаних елементів (4-В), а саме: Відплата винним, Відшкодування жертвам, Встановлення правди, Впровадження заходів з превенції конфліктів.

На основі узагальнення проведених в Україні наукових досліджень цієї проблематики можна визначити приблизний і невичерпний набір складових кожного із чотирьох елементів світової моделі правосуддя перехідного періоду. Очевидно, що впровадження наведених елементів перехідного правосуддя в Україні має відбуватись одночасно та взаємоузгоджено.

1. Відплата винним — це притягнення винних у вчиненні злочинів проти українських громадян до кримінальної відповідальності, що включає зокрема, але не виключно: ефективне кримінальне переслідування винних у вчиненні воєнних злочинів і грубих порушень прав людини; всебічний та об'єктивний, у встановлених законом часових межах, розгляд кримінального провадження; удосконалення вітчизняного законодавства, судово-слідчої практики; притягнення винних до кримінальної відповідальності судом, який діє на підставі закону; призначення справедливого покарання.

Переважно судові процеси мають бути публічними, а найбільш суспільно резонансні судові процеси повинні транслюватись в медіа. Відкрите та своєчасне здійснення судами правосуддя у справах про воєнні злочини має стати запобіжником від проявів свавілля та помсти з боку постраждалих. Всі жертви конфлікту повинні мати упевненість у тому, що держава гарантує їм захист порушеного права. Одним із способів забезпечення цього завдання є створення так званих «гібридних» судів. Науковці наголошують, що створення спеціального процесуального механізму є процедурою перехідного правосуддя[1221]. Держава зберігає за собою обов'язок притягнення винних у злочинах до відповідальності, але здійснюватися це може за допомогою механізмів міжнародного-правового характеру[1222]. Водночас забезпечення ефективного притягнення до відповідальності та постановлення справедливого вироку за воєнні злочини повинно мати бінарний характер — національний і міжнародний механізми. Для визначення правосуддя, яке поєднує

[1221] Азаров Д. С., Венгер В. М. Злочини російських військових в Україні: встановлення юридичних фактів як складова перехідного правосуддя. *Українська кримінальна юстиція в умовах війни* : матли VIII (XXI) Львів. форуму кримін. юстиції (м. Львів, 9–11 червня 2022 року). Львів : ЛьвДУВС, 2022. С. 5.

[1222] Багінський А. В. Механізми правосуддя перехідного періоду в подоланні наслідків збройного конфлікту. *ВІСНИК НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія*. Право. 2020. Випуск 1 (45). С. 14.

національний та міжнародний елементи, щодо розслідування та судового розгляду міжнародних злочинів на території України використовувати поняття на кшталт «комплексний механізм правосуддя», «дуальний механізм правосуддя» чи «бінарний механізм правосуддя»[1223]. Зупиняючись на міжнародному досвіді перехідного правосуддя слід зазначити, що воно може реалізовуватися не лише через офіційні органи влади, в тому числі судові, а також за допомогою звичаєвого, традиційного правосуддя, що здійснюється як у взаємодії з органами кримінальної юстиції та державної влади, так і окремо[1224].

2. Відшкодування жертвам — це створення національних механізмів відшкодування збитків усім потерпілим від злочинів, що включає, зокрема, але не виключно: репарації; створення реєстрів знищеного і пошкодженого майна; розшук безвісти зниклих; повернення насильницькі вивезених громадян України, виплати їм компенсацій за спричинену фізичну та психічну шкоду; відновлення порушених прав постраждалих від конфлікту, надання їм медичної та психологічної допомоги, а також юридичних і соціальних послуг забезпечення системи соціальних, юридичних, медико-психологічних та інших реабілітаційних послуг; внесення змін в законодавство, у тому числі, кримінальне, в частині посилення ролі потерпілого при призначенні покарання винному.

Війна в Україні призвела до масових порушень прав людини, а, як відомо, концепція перехідного правосуддя розвинулась саме як складова всесвітнього проєкту прав людини.

В. В. Філатов зазначає, що «Негативним аспектом також є неготовність держави до постконфліктного періоду розвитку, що може затягнути перехідний період та завадити пошуку історичної правди. За таких умов страждатимуть жертви конфлікту, які не зможуть повноцінно реалізувати право на відшкодування. Це загрожує ефектом «придушеної віктимності» та зростанням ризиків повторення збройного конфлікту у майбутньому»[1225]. Отже, очевидним є зв'язок між складовими елемента-

[1223] Кваша О. О., Бабанли Р. Ш. Механізми правосуддя для розслідування та судового розгляду міжнародних злочинів, вчинених в Україні під час війни. *Збереження і розвиток України в умовах війни та миру: національна доповідь* / ред. кол. С. І. Пирожков, Н. В. Хамітов, Є. І. Головаха, С. С. Дембіцький, Е. М. Лібанова, О. В. Скрипнюк, С. В. Стоєцький ; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ, 2024. С. 118

1224

[1224] Жидков В. На шляху до правосуддя перехідного періоду. Українська Гельсінська спілка з прав людини, 2023. С. 7. URL: https://www.helsinki.org.ua/wp-content/uploads/2023/09/PPravosuddya_A4.pdf

[1225] Філатов В. В. Модель перехідного правосуддя в сучасному міжнародному праві. Там само. С. 24.

ми перехідного правосуддя, зокрема, відшкодування жертвам та недопущення конфліктів у майбутньому.

Сьогодні на всіх рівнях обговорюються питання щодо джерел наповнення спеціального фонду. Слушними є пропозиції наповнювати цей фонд за рахунок: конфіскованих суверенних та приватних активів рф, заморожених у різних країнах; спеціальне мито на експорт російських товарів, зокрема, енергоносіїв; добровільні внески та пожертви; виплати рф в обмін на зняття санкцій тощо[1226].

Світова спільнота наразі активно співпрацює в пошуках нових форм співпраці задля подальшої компенсації втрат від агресії рф, при цьому питання про факт програшу агресора (рф) у цьому випадку не є системоутворюючим та / або обов'язковим[1227]. Це дуже важливий аспект, адже очевидно, що ми навряд чи зможемо здобути перемогу (у прямому сенсі цього слова) над ядерною державою-терористом. Однак весь світ визнає, що майже чотири роки протистояння України і збереження своєї незалежності уже є безсумнівним переможним успіхом. Тому одним із викликів, що стоять перед міжнародним співтовариством, є пошук і розробка механізмів примусу агресора до відшкодування та компенсацій жертві агресії.

3. Встановлення правди — це повне і всебічне розслідування усіх детермінантів конфлікту, його розвитку та ескалації, об'єктивне та документальне відтворення хронології подій. Необхідна об'єктивна та неупереджена документальна реконструкція подій; розсекречення архівів і формування національного архіву фото-, відеодокументів подій конфлікту; розслідування щодо осіб, які зникли та пропали безвісти; максимально повне та правдиве інформування громадян населення про хід та наслідки конфлікту чи війни.

Українці мають право знати історичну правду про війну, її масштаби та наслідки. Зокрема, Перший Додатковий протокол до Женевської конвенції врегульовує у ст. 32 право родин знати про долю своїх родичів, а ст. 33 містить зобов'язання сторін конфлікту передавати інформацію щодо зниклих безвісти осіб. Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від примусових зникнень у ст. 24 містить право особи знати правду

[1226] Новіков О. В., Шрамко С. С. Щодо механізму відшкодування шкоди, спричиненої збройною агресією російської федерації проти України, як елементу перехідного правосуддя. *The Journal of Eastern European Law / Журнал східноєвропейського права.* 2023. № 116. С. 69.

[1227] Махінчук В. Форми відшкодування шкоди, завданої внаслідок міжнародного військового конфлікту: реалії і перспективи національного законодавства та міжнародного права. *Там само.* С 23.

обставини примусового зникнення, перебіг розслідування[1228]. З початком повномасштабного вторгнення рф на територію нашої держави медіа не доносили всі факти про події, що є виправданим під час воєнного стану. В умовах вторгнення в державу суспільство є надто дезорієнтованим, і такий стан ворог може використовувати для подолання спротиву, успішно використовуючи засоби масової інформації[1229]. Світовий досвід у сфері застосування перехідного правосуддя містить приклади створення т. зв. комісій правди. Найбільш уніфікованим і поширеним визначенням для комісії правди є таке: «структура, створена з метою встановлення історичних подій, пов'язаних з порушенням прав людини, які можуть включати в себе злодіяння військових/урядовців/повстанців»[1230].

Слід погодитись з тим, що справедливість в контексті перехідного правосуддя — це про відновлення[1231]. Оскільки перехідне правосуддя стосується ситуацій екстраординарних, кризових, за яких порушення прав мають не поодинокий, а масовий характер, то має йтися про відновлення справедливості для колективу людей.

У Стратегії утвердження української національної та громадянської ідентичності на період до 2030 року закріплено: «Існування та процвітання України неможливе без загального усвідомлення громадянами своєї національної та громадянської ідентичності. Відчуття такої належності до української нації як самобутньої спільноти, об'єднаної назвою, символами, історичною пам'яттю, суспільно-державними (національними) цінностями, зокрема українською мовою і народними традиціями, безпосередньо позначається на житті кожної людини» [1232]. Правосуддя здійснюється суддями. Будь-який суддя — це насамперед громадянин України. Суддя має особливий статус у суспільстві та державі, який визначається виконанням ним надважливої суспільної та державної функції — здійснення правосуддя. На моє переконання, суддя як громадя-

[1228] Червякова О. В. Механізми та процеси перехідного правосуддя: міжнародний досвід для відновлення суверенітету і національної безпеки України. *Там само.* С. 138.

[1229] Костюк О. М. Засоби масової інформації у системі протидії злочинам проти основ національної безпеки України : дис. … д-ра філософії в галузі права. С. 110.

[1230] Кіщенко С. Комісія зі встановлення правди: міжнародний досвід та реалії України. Київ, 2020. URL: https://library.fes.de/pdf-files/bueros/ukraine/17232.pdf

[1231] Гурковська Н. Шлях до миру: через перемогу і перехідне правосуддя. URL: https://ecpl.com.ua/news/shliakh-do-myru-cherez-peremohu-i-perekhidne-pravosuddia/

[1232] Стратегія утвердження української національної та громадянської ідентичності на період до 2030 року. Постанова Кабінету Міністрів України від 15.12.2023. № 1322. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1322-2023-%D0%BF#Text

нин України, покликаний утверджувати, відстоювати і захищати національні цінності, які життєво необхідні для суспільства та української держави[1233].

Водночас, є певна пересторога щодо встановлення історичної правди: коли держави та інші політичні інституції апелюють до можливості застосування колективної пам'яті — це зазвичай призводить до загострення психологічних травм минулого і неможливості примирення в перспективі. Насправді, правосуддя перехідного періоду завжди впроваджується в конкретному політичному дискурсі, що апріорі нівелює будь-яку нейтральність його як інструменту для розкриття правди, відновлення прав жертв конфлікту та їх примирення[1234]. Тому цей елемент моделі перехідного правосуддя слід розглядати як стратегічний, світоглядний, водночас чутливий та такий, що потребує глибокого аналізу та виважених підходів.

Вище згадувався Проєкт Закону «Про засади державної політики перехідного періоду», щодо якого Венеційська комісія надала критичну оцінку, зокрема, в тій частині, що «надані визначення є доволі вузькими і демонструють однобокий підхід до перехідного періоду. По-перше, вони зводять спрямованість конфлікту в Україні до його міждержавного виміру, тобто до участі у ньому РФ. По-друге, заходи перехідної юстиції спрямовані на подолання наслідків порушень прав людини, «спричинених збройною агресією РФ проти України»[1235]. А хіба це не відповідає дійсності? Питання риторичне навіть попри рік прийняття цього Висновку — 2021, до початку повномасштабної війни з росією, коли ще гібридна агресія не переросла у повномасштабну війну із зухвалим порушенням норм міжнародного права, із знищенням цивільного населення, геноцидом українського народу з боку рф.

Аналізований елемент найбільше пов'язаний із наступним. Тому погоджуюсь із висновками дослідника цієї проблеми В. Жидкова: «більших складнощів в розумінні викликає такий механізм правосуддя перехідного періоду — як констатація істини. Це насамперед обумовлено

[1233] Кваша О. О. Етика поведінки судді в аспекті національної безпеки України. *Газета «Українська правда»*. 27.11.2024. https://www.pravda.com.ua/columns/2024/11/27/7486513/ ; Кваша О. О. Чи потрібен Україні суддя-патріот? Газета «День». 26.11.2024 : https://day.kyiv.ua/article/polityka/chy-potriben-ukrayini-suddya-patriot

1233

[1234] Ткаченко Є.В., Радченко Я. М., Кириченко В.О. Концепція перехідного правосуддя: апорія конституційно-правового механізму створення. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2024. № 3. С. 120.

[1235] Висновок щодо проєкту закону «про засади державної політики перехідного періоду». *Там само.*

філософським забарвленням терміну істина, специфікою її встановлення за результатами збройного конфлікту, а також повноваженнями та роллю населення і неурядових організацій, які можуть брати активну участь у цьому процесі»[1236].

Мають сенс кримінологи, які констатують, що, як і будь-який злочин, агресія породжується системою факторів, складові яких перебувають у політико-соціальній, соціально-економічній та біосоціальній сферах. Їх виявлення і належна протидія, що повинна була бути застосована своєчасно, були спроможні не допустити агресії…[1237]. Ці висновки засвідчують зв'язок таких елементів моделі перехідного правосуддя як встановленняя правди і впровадження заходів превенції.

Впровадження заходів з превенції конфліктів — це створення ефективної системи запобіжників, яка унеможливить повторення подібних конфліктів, включаючи посилення охорони національної та державної безпеки; реформування органів державної влади; перевірка осіб на посади державних службовців з метою встановлення їх участі у порушенні прав людини під час конфлікту; системні реформи сектору безпеки, правоохоронних та судових органів, освіти і науки, медіа тощо.

Дослідники переконані, що першопричини конфлікту в Україні вкорінені у відмінностях демографічного, культурного та мовного складу, а також історичній ситуації, коли ті чи інші регіони тяжіли до заходу чи сходу або були окуповані різними державами. Ця конкуренція включала природний процес міграції та культурної асиміляції, а також епізоди примусової міграції, переміщення населення та навіть масові вбивства та голодомор. Протидія тривалому конфлікту вимагає вивчення не тільки наслідків поточних порушень, а й дослідження минулого та зумовленого ним страху, недовіри та образи[1238].

Існує думка, що перехідне/транзитивне правосуддя зміщує акцент із ретрибутивного (карального) виміру справедливості, сфокусованого на притягненні винних до відповідальності, на вимір відновлювальний, зосереджений на реабілітації та відновленні людської гідності. Разом з

1236

[1236] Жидков В. На шляху до правосуддя перехідного періоду. Українська Гельсінська спілка з прав людини, 2023. URL: https://www.helsinki.org.ua/wp-content/uploads/2023/09/PPravosuddya_A4.pdf

[1237] Фріс П. Л., Адамович С. В. Агресія росії проти України з позицій кримінології. Монограф. Івано-Франківськ : Голіней О. В., 2025. С. 194.

[1238] Крістіан К. Як перехідне правосуддя може допомогти досягти миру в Україні? 2021. URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2021/09/New-Justice_Report_ICTJ_UKR.pdf ; URL: https://newjustice.org.ua/wpcontent/uploads/2021/09/New-Justice_Report_ICTJ_UKR.pdf

тим, модель правосуддя перехідного періоду висвітлює сутність і призначення правосуддя як такого, що покликане уможливити мирне співіснування людей[1239]. Доволі спірна думка, на мій погляд, адже без справедливого покарання винних у свавільному порушенні прав людини на території суверенної держави не може йтися про відновлення цих прав. Тим більше ми застосовуємо поняття «перехідне ПРАВОСУДДЯ», а отже, насамперед йтиметься про діяльність судів по притягненню винних до відповідальності та відновленню порушеного права. Подібна позиція підтримується вченими. Ключовим елементом концепції є питання про притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні воєнних злочинів. Це питання можна вважати «наріжним каменем» концепції, адже покарання винних є, по-перше, засобом встановлення справедливості, а по-друге, запорукою неможливості виникнення подібного конфлікту в майбутньому[1240].

Перехідне правосуддя сприяє встановленню істини та правди щодо минулих подій збройного конфлікту або діяльності авторитарного режиму, проведенню відкритих та неупереджених процедур розгляду цих подій, з'ясування місця і ролі учасників конфлікту та дійових осіб (політиків, військових, посадових осіб, колаборантів та цивільних), призначення необхідних та достатніх санкцій чи покарання[1241].

Головною проблемою на сучасному етапі прийняття необхідності впровадження перехідного правосуддя є відсутність комплексного підходу до створення концепції. Традиційним недоліком правотворчої діяльності залишається внесення хаотичних змін до чинного законодавства. Перехідне правосуддя — це не лише судові процедури, а й трансформація всіх галузей законодавства — кримінального, адміністративного, цивільного тощо, а також судово-правова трансформація, що триває з 2016 року, і реформа правоохоронних органів.

Концепція перехідного правосуддя потребує прийняття стратегічних рішень за 4-ма елементами, про які йшлося вище. Слід ставити питання про наукове забезпечення процесу створення стратегії транзитивного правосуддя, яка передбачає розробку доктрини, кримінологічне

[1239] Базове дослідження із застосування правосуддя перехідного періоду в Україні. *Там само.* С. 588.

[1240] Грушко М., Мануїлова К. Концепція перехідного правосуддя в умовах збройного конфлікту в Україні. *Підприємництво, господарство і право.* 2021. № 3. С. 314.

[1241] Жидков В. На шляху до правосуддя перехідного періоду. Українська Гельсінська спілка з прав людини, 2023. С. 7. URL: https://www.helsinki.org.ua/wp-content/uploads/2023/09/PPravosuddya_A4.pdf

1241

прогнозування, інституціональні реформи в сфері недопущення повторення збройного конфлікту, ліквідації його наслідків, механізми відшкодування шкоди та захисту прав жертв, встановлення істини та історичної правди.

Реалізація цих елементів повинна здійснюватися синхронно, оскільки всі вони тією чи іншою міро взаємопов'язані. Модель перехідного правосуддя умовно можна назвати системою чотирьох «**В**»: **В**ідплата винним, **В**ідшкодування жертвам, **В**становлення правди, **В**провадження заходів з превенції конфліктів[1242].

Запровадження національної моделі перехідного правосуддя має базуватись на визначенні пріоритетності такого її елементу як відплата винним, тобто притягнення винних у вчиненні воєнних злочинів до кримінальної відповідальності з імперативним забезпеченням права кожного потерпілого від російської агресії на справедливий суд.

Історично перехідне правосуддя застосовували держави за однієї з таких умов — або після авторитарних політичних режимів, або після збройних конфліктів. Очевидно, що специфікою української ситуації є наявність обох цих підстав для запровадження власної моделі перехідного правосуддя, розробка якої уже сьогодні, під час війни, має бути пріоритетом державної політики України. В контексті російсько-української війни перехідне правосуддя — це складна система судових та позасудових національних і міжнародних механізмів, які спрямовані на відновлення порушених в умовах військової агресії росії прав людини, що включає в себе такі взаємопов'язані елементи як відплата винним, відшкодування шкоди, встановлення правди, впровадження заходів з превенції повторення агресії. Відновлення справедливості — це місія (високе призначення) перехідного правосуддя в Україні[1243]. Таким чином, вінцем цієї системи є відновлення справедливості.

Перехідне правосуддя — це набір принципів, моделей, форм і практик, які в кожному конкретному випадку складаються як пазли й утворюють у чомусь унікальну, а в чомусь закономірну, очікувану й універсальну картину переходу від постконфліктного до благополучного і

[1242] Кваша О. О. Відплата винним у вчиненні воєнних злочинів в Україні як елемент перехідного правосуддя. *Державотворчі процеси в Україні: реалії сьогодення* : Тези доповідей за матеріали ІІ Міжнародної наук.-практ. конф. (м. Луцьк, 30 квітня 2025 року) / відп. ред. В. В. Аніщук, С. Г. Зицик Луцьк : ІВВ ЛНТУ, 2025. С. 130.

[1243] Кваша О. О. Перехідне правосуддя в Україні: місія відновлення справедливості. Правова держава. Щорічник наукових праць Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Випуск 36. Київ, 2025. С. 533.

демократичного суспільства[1244]. Кожен із цих елементів має власні цілі та завдання, принципи, спрямовані на ефективну реалізацію, місце і значення в системі перехідного правосуддя. Загалом, у сучасних постконфліктних суспільствах кожен із цих елементів знаходить втілення тією чи іншою мірою; водночас лише в їх сукупності, у їх взаємозв'язку проявляється синергетичний ефект перехідного правосуддя як єдиного цілого[1245].

Стратегія деокупації та реінтеграції тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя введена в дію Указом Президента України від 24 березня 2021 року. Документ визначає комплекс заходів дипломатичного, військового, економічного, інформаційного, гуманітарного характеру, спрямованих на відновлення територіальної цілісності, державного суверенітету України у міжнародно визнаних кордонах шляхом деокупації та реінтеграції Криму[1246]. Таким чином, розробка української стратегії перехідного правосуддя — це імператив поствоєнного відновлення.

Про перехідне правосуддя вчені говорять як про напрацьований світовий досвід, вивірені практикою декількох десятків збройних конфліктів і постконфліктного врегулювання принципи; захист жертв конфлікту, сучасні підходи до впровадження стандартів прав людини у постконфліктний період; подолання безкарності та баланс між невідворотною кримінальною відповідальністю за грубі порушення прав людини, воєнні злочини, злочини проти людяності та іншими формами відповідальності, амністією за менш тяжкі злочини; встановлення істини про причини та події міжнародного збройного конфлікту, формування спільного бачення історії, документування злочинів та пам'ять про жертв конфлікту; гарантії неповторення конфлікту майбутньому; про успішну, незалежну, суверенну Україну та благополуччя кожного з нас[1247].

У межах дослідження «Правосуддя в контексті російської збройної агресії», проведеного соціологічною групою «Рейтинг», за підтримки Швейцарії через Відділ миру та прав людини, були отримані результати

[1244] Кориневич А., Короткий Т. Перехідне правосуддя для України : per aspĕra ad astra. *Право України.* 2020. №12. С. 134.

[1245] Кориневич А., Короткий Т. Перехідне правосуддя для України : per aspĕra ad astra. *Там само.* С. 143.

[1246] Стратегія деокупації та реінтеграції тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя : Указ Президента України від 24.03.2021 № 117/2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/117/2021#Text

1246

[1247] Кориневич А., Короткий Т. Перехідне правосуддя для України: per aspĕra ad astra. *Там само.* С. 144.

щодо розуміння українцями справедливості, покарань та компенсацій у контексті військової агресії Росії; уявлень про колаборaційну діяльність та вшанування пам'яті. Так, для 47 % опитаних поняття справедливості в контексті військової агресії росії проти України означає покарання винних у військових злочинах; для 30 % — встановлення правди щодо всіх подій, ще для 17 % — компенсація збитків усім постраждалим. Серед пріоритетних напрямів діяльності української влади та суспільства в забезпеченні справедливості, опитані найчастіше зазначали про притягнення винних до відповідальності (55 %), очищення влади через усунення та недопущення до неї тих, хто співпрацював з окупантами (46 %), знаходження зниклих безвісти та повернення депортованих осіб (30 %). Близько чверті опитаних зазначали про встановлення фактів злочинів та отримання фінансової компенсації, кожен п'ятий — про посилення санкцій та замороження активів росії та її громадян[1248].

Війна росії проти України триває вже понад десять років. Незважаючи на попередні спроби врегулювати питання перехідного правосуддя, наразі все ще відсутній єдиний підхід, що призводить до фрагментарних законодавчих ініціатив, спрямованих на впровадження окремих елементів перехідного правосуддя.[1249]

Все вищенаведене підтверджує, що Україні необхідна Стратегія правосуддя перехідного періоду. Тобто пріоритетом державної політики України уже сьогодні повинна бути розробка стратегії перехідної юстиції.

Висновки. Визначена нагальна потреба у науково-теоретичній розробці цілісного, комплексного стратегічного документу, який має стати дієвим практичним механізмом впровадження євроінтеграційних вимог до нашої держави у сфері правосуддя поряд із трансформацією судової та правоохоронної системи і профільного законодавства.

Обґрунтовано некоректність поняття «перехідне правосуддя», оскільки зміст, який в нього вкладається, є набагато ширшим. Перехідне правосуддя — це не лише судові процедури, а й трансформація всіх галузей законодавства — кримінального, адміністративного, цивільного тощо, а також триваюча майже 10 років судово-правова трансформація, реформа правоохоронних органів тощо. Під час безпосереднього законотворчого процесу над проєктом відповідного закону слід застосувати поняття «перехідна юстиція». Спектр нагальних для вирішення питань

[1248] Матвєєва Л. Г. Становлення національної концепції транзитивної юстиції. *Там само*. С. 383.

[1249] Перехідне правосуддя: як та коли до нього перейти? *Там само.*

перехідної юстиції в абсолютно різних сферах життєдіяльності суспільства не можливо охопити одним законом (і не обмежується правосуддям).

На основі узагальнення проведених в Україні наукових досліджень цієї проблематики узагальнено орієнтовний і невичерпний набір складових кожного із чотирьох елементів світової моделі правосуддя перехідного періоду. Модель перехідного правосуддя/юстиції визначена як система **(4-В)** взаємопов'язаних елементів, а саме: **В**ідплата винним, **В**ідшкодування жертвам, **В**становлення правди, **В**провадження заходів з превенції конфліктів. Очевидно, що впровадження наведених елементів перехідного правосуддя в Україні має відбуватись паралельними напрямами та взаємоузгоджено.

Запровадження національної моделі перехідного правосуддя має базуватись на визначенні пріоритетності такого її елементу як відплата винним, тобто притягнення винних у вчиненні воєнних злочинів до кримінальної відповідальності із імперативним забезпеченням права кожного потерпілого від російської агресії на справедливий суд.

Висловлено пересторогу щодо негайного впровадження такого елементу перехідного правосуддя як встановлення історичної правди: звернення державних та інших політичних суб'єктів до можливості застосування історичної колективної пам'яті може обумовити загострення психологічних травм і ускладнити процес примирення. Тому цей елемент моделі перехідного правосуддя слід розглядати як стратегічний, світоглядний, конститутивний, водночас чутливий та такий, що потребує окремих досліджень та виважених політико-правових підходів.

Вкрай необхідною є розробка рамкового закону, який міститиме стратегію, чітку модель перехідної юстиції, а вже реалізація складових елементів моделі, очевидно, буде впроваджена в інших нормативно-правових актах різного рівня. Адже стратегія є планом дій на тривалий час, а от подальша її реалізація та, відповідно, досягнення стратегічної мети забезпечуються на нижчих рівнях шляхом синхронної розробки нормативних актів і взаємоузгоджених дій. Відповідно обґрунтовано доцільність розробки Проєкту Закону «Про Стратегію перехідної юстиції в Україні».

Враховуючи все вищенаведене, місією перехідного правосуддя є забезпечення в повоєнній Україні верховенства права як логічного і закономірного наслідку справедливого покарання винних у вчиненні воєнних злочинів, відшкодування потерпілим особам заподіяної шкоди та поновлення прав жертв військової агресії, встановлення історичної правди, швидкого та ефективного впровадження інституційних реформ

правоохоронних, судових, військових, розвідувальних та інших органів. Пріоритетним завданням державної політики України має стати розробка стратегії, «дорожньої карти» перехідного правосуддя з урахуванням світового досвіду, найкращих зарубіжних практик, наукового підґрунтя, і, безумовно, на основі національної української культури та менталітету, детермінантів російсько-української війни та унікальності сучасної військово-політичної ситуації.

Розділ 2. СУДОВА ВЛАДА УКРАЇНИ В УМОВАХ СТВЕРДЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ДЕРЖАВНОСТІ ТА ПРОЦЕСУ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ

Сергій ПРИЛУЦЬКИЙ,
доктор юридичних наук, доцент, головний спеціаліст відділу нормативно-правової роботи та підготовки проектів консультативних висновків правового управління секретаріату Вищої ради правосуддя

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5275-7836

Анотація. У розділі розглядається проблема становлення та функціонування судової влади України в умовах утвердження національної державності та поглиблення процесів євроінтеграції. Аналізується понятійний апарат конституційного та судового права, зокрема категорії «суд», «судова влада», «правосуддя», «судовий захист», «судоустрій», «судочинство». Підкреслюється, що Конституція України закріплює монополію судів на здійснення правосуддя (ст. 124), проте практика Європейського суду з прав людини демонструє більш широке розуміння «суду», включаючи органи, що не входять до класичної судової системи, але наділені юрисдикційними повноваженнями та здатні приймати обов'язкові рішення. Це породжує концептуальну суперечність між національними та міжнародними стандартами, а також потребу у доктринальному й законодавчому узгодженні.

Значна увага приділяється питанню легальності та легітимності судової влади. Простежується еволюція законодавчого визначення її сутності у законах 2002, 2010 і 2016 років. Автор акцентує, що поступове звуження змісту судової влади, зокрема виключення Конституційного Суду з її складу, послабило єдність та незалежність судової системи. Розглядається також проблематика використання терміну «квазісуд» для позначення органів, із повноваженнями судової юрисдикційні, але формально не є судами у розумінні Конституції. Це створює додаткові суперечності між доктриною, судовою практикою та конституційними положеннями.

У тексті аналізуються принципи «суду, встановленого законом» і «природного суду», які мають глибоке історико-філософське підґрунтя

і водночас виступають сучасними міжнародними стандартами правосуддя. Показано, що ці принципи спрямовані на запобігання створенню надзвичайних чи спеціальних трибуналів, здатних підміняти конституційно визначені суди. Водночас наголошено на необхідності врахування міжнародних практик, де допустиме існування спеціалізованих юрисдикцій за умови дотримання процесуальних гарантій.

Окрема увага присвячена наднаціональному виміру судової влади. Зазначається, що приєднання України до Римського статуту та ратифікація Угоди про створення Спеціального трибуналу щодо злочину агресії проти України суттєво розширюють конституційно-правове розуміння «суду» та актуалізують питання співвідношення національного суверенітету з міжнародними зобов'язаннями. Водночас євроінтеграційний курс обумовлює потребу у визнанні юрисдикції Суду ЄС, що вимагає відповідних змін до Конституції.

У підсумку обґрунтовується, що сучасна судова влада України перебуває на перетині двох тенденцій: збереження національної конституційної ідентичності та адаптації до європейських і міжнародних стандартів. Це вимагає оновлення доктрини, уточнення законодавчого визначення судової влади та пошуку балансу між принципом єдності судової влади та здійснення правосуддя виключно судами і визнанням юрисдикційних функцій міжнародних і спеціалізованих органів.

Ключові слова: справедливість, верховенство права, суд, судова влада, легітимність, легальність, правосуддя, природній суд, судова спеціалізація, трибунал, надзвичайний суд

Serhii PRYLUTSKYI,

JUDICIAL POWER IN UKRAINE IN THE CONTEXT OF NATIONAL STATEHOOD AND THE PROCESS OF EUROPEAN INTEGRATION

Abstract. The chapter deals with the problem of formation and functioning of the judiciary of Ukraine in the context of the establishment of national statehood and deepening of European integration. The author analyzes the conceptual framework of constitutional and judicial law, in particular, the categories of «court», «judiciary», «justice», «judicial protection», «judicial system», «judicial proceedings». It is emphasized that the Constitution of Ukraine enshrines the monopoly of courts on the administration of justice (Article 124), but the case law of the European Court of Human Rights demonstrates a broader understanding of «court», including bodies that are not part of the classical judicial system but have

jurisdictional powers and are capable of making binding decisions. This gives rise to a conceptual contradiction between national and international standards, as well as the need for doctrinal and legislative harmonization.

Considerable attention is paid to the issue of legality and legitimacy of the judiciary. The author traces the evolution of the legislative definition of its essence in the laws of 2002, 2010 and 2016. The author emphasizes that the gradual narrowing of the content of the judiciary, in particular, the exclusion of the Constitutional Court from its composition, has weakened the unity and independence of the judicial system. The author also examines the problem of using the term «quasi-court» to refer to bodies with judicial jurisdiction but which are not formally courts within the meaning of the Constitution. This creates additional contradictions between the doctrine, court practice and constitutional provisions.

The text analyzes the principles of «court established by law» and «natural court», which have a deep historical and philosophical basis and at the same time are modern international standards of justice. It is shown that these principles are aimed at preventing the creation of emergency or special tribunals that can substitute constitutionally established courts. At the same time, the author emphasizes the need to take into account international practices where specialized jurisdictions are allowed to exist, provided that procedural guarantees are observed.

Special attention is paid to the supranational dimension of the judiciary. It is noted that Ukraine's accession to the Rome Statute of the International Criminal Court and ratification of the Agreement on the Establishment of the Special Tribunal for the Crime of Aggression against Ukraine significantly expand the constitutional and legal understanding of «court» and actualize the issue of the correlation between national sovereignty and international obligations. At the same time, the European integration course necessitates the recognition of the jurisdiction of the EU Court of Justice, which requires appropriate amendments to the Constitution.

As a result, it is argued that the modern judiciary of Ukraine is at the intersection of two trends: preservation of the national constitutional identity and adaptation to European and international standards. This requires updating the doctrine, clarifying the legislative definition of the judiciary and finding a balance between the principle of unity of the judiciary and the administration of justice exclusively by courts and recognition of the jurisdictional functions of international and specialized bodies.

Keywords: justice, rule of law, court, judiciary, legitimacy, legality, justice, natural court, judicial specialization, tribunal, extraordinary court, special court

1. Актуальні питання легальності та легітимності судової влади в Україні

1.1. Сучасні потреби змістовного оновлення понятійного апарату у сфері судового права

Визначальною основою в організації правової системи України є Конституція України, понятєвий апарат якої оперує такою визначальною категорією як «суд» (статті 8, 29, 30, 31, 43, 47, 55, 62, 63, 124, 125, 126 та ін.) та похідними від неї «судова влада» (статті 6, 37), «правосуддя» (статті 34, 62, 124, 127, 129, 131, 136 та ін.), а також «судовий захист» (статті 32, 55), «судовий порядок» (статті 37, 145), «судова установа» (ст.55), «неправосудність» (ст.62), «судоустрій» (статті 92, 125, 130), «судочинство» (статті 92, 129), «судовий процес» (ст.129), «статус суддів» (статті 92, 126, 149[1], 153), «система правосуддя» (ст.131), «система судів» (п.12 Перехідних положень). Всі означені конституційні категорії між собою взаємопов'язані й розкривають власне значення одна через одну, а у своєму системному зв'язку складають законодавчу основу вітчизняного судового права.

Конституція у ст. 124 встановила, що правосуддя в державі здійснюється виключно судами, а делегування функцій судів чи привласнення цих функцій іншими органами або посадовими особами не допускаються.

Водночас невід'ємною частиною національного конституційного законодавства стала Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.)[1250], у ст. 6 якої закріплено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. При цьому конституційні й конвенційні положення мають між собою узгоджуватися і не суперечити одне одному.

На перший погляд наведені вище конституційні положення є максимально чіткими й визначеними. Мабуть тому, для вітчизняної правової думки найбільш усталеним є сприйняття суду як державного органу, правове становище якого визначається рамками судової системи. Більшість науковців обстоює, що суд — це орган державної влади; відповідно, носієм судової влади як різновиду державної влади є тільки

[1250] Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод : від 04 листоп. 1950 р. (зі змінами та допов., внес. Протоколом № 11 від 11.05.1994 р., Протоколом № 14 від 13.05.2004 р.). *Офіційний вісник України.* 2006. № 32. Ст. 2371.

державні суди, вказані Конституцією і законами України, і тому жодні інші органи не можуть наділятися функціями із здійснення правосуддя.

Безперечно, суд, який втілюється державою й діє від імені держави на сьогодні став однією із головних форм цього суспільного інституту. У вітчизняному юридичному обігу поняття «суд» має низку окремих значень. Так, у загальній теорії права й у конституційному праві термін «суд» вживається здебільшого узагальнено на позначення органу, наділеного повноваженнями однієї з гілок державної влади — судової[1251]. У цьому значенні суд, перш за все, є органом судової влади без уточнення, який саме це суд, де він розташований, яка його компетенція тощо.

У другому значенні суд — це конкретна судова установа, що має додаткові характеристики, які уточнюють й індивідуалізують її, а також визначають територіальну і предметну юрисдикцію.

Третє значення чітко пов'язане з особами, які судять, тобто суддями, незалежно від їх кількісного складу. І суддя, що постановляє вирок чи рішення одноособово, і суд у складі декількох суддів — усі вони діють як суд.

Тим самим, за державницького підходу терміном «суд» зазвичай позначають: (а) державний орган, орган судової влади; (б) елемент судової системи, що в сукупності з іншими подібними елементами утворює системну цілісність — систему судів; (в) учасника судово-процесуальних відносин[1252].

Разом з тим входження України до європейського правового простору обумовлено необхідністю сприйняття європейських правових стандартів і способу європейського правового мислення, де правовий феномен суду не вичерпується його традиційним розумінням лише як органу державної влади, у всіх його проявах. Так, західноєвропейська традиція права допускає існування й діяльності позадержавного суду, рішення якого визнаються державою і забезпечуються її примусом.

Так, ЄСПЛ, передусім через значну практику тлумачення положень ст. 6 ЄКПЛ, якою гарантується особі право на справедливий суд, напрацював своє розуміння поняття «суд».

Своє унікальне розуміння «суду» ЄСПЛ поширив і на правову систему України. Для прикладу, у справі *«Ромашов проти України»*[1253] ЄСПЛ встановив, що згідно ст. 221 КЗпП у сфері трудових спорів комісія є

[1251] Порівняльне судове право : навч. посіб. Харків : Право, 2008. С. 2–5.

[1252] Баронін Д. Правовий статус суду в Україні : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.10 / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2015. С. 14—15.

[1253] Справа «Ромашов проти України» (Заява № 67534/01) : рішення Європ. суду з прав людини від 27.07.2004. *Офіційний вісник України*. 2005. № 3. Ст. 178.

першою інстанцією, звернення до якої має бути використане згідно з п. 1 ст. 35 Конвенції. Тим самим ЄСПЛ вирішив, що рішення комісії з трудових спорів у справі заявника може бути прирівняне до судового рішення і держава несе відповідальність за його невиконання. ЄСПЛ також зазначив, що виконавче провадження становить невід'ємну частину судового розгляду, яке у цій справі замінило провадження у комісії з трудових спорів.

Крім того, ЄСПЛ зауважив, що у ст. 6 Конвенція гарантує кожному право на звернення до *суду* або *арбітражу* з позовом щодо будь-яких його цивільних прав і обов'язків; таким чином, ця стаття проголошує «право на суд», одним з аспектів якого є право на доступ, тобто право подати до суду позов із цивільно-правових питань. Отже, ЄСПЛ визнав комісію з трудових спорів судом першої інстанції, рішення якого є загальнообов'язковим і має забезпечуватися державним примусом.

Проте підхід ЄСПЛ в розумінні «суду», як унікального та багатогранного соціально-правового інституту, відрізняється / протирічить ст. 124 Конституції України і тим національним доктринам, на основі якої й формувалася дана норма в частині того, що правосуддя в Україні здійснюють виключно суди та делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються.

Водночас КСУ у справі про завдання третейського суду[1254] наголосив, що можливість передачі державою на розгляд третейських судів спорів сторін у сфері цивільних і господарських правовідносин визнана зарубіжною практикою, заснованою у тому числі на міжнародному праві. При цьому КСУ, звертаючись до практики ЄСПЛ, вказав, що звернення фізичних та/або юридичних осіб до третейського суду є правомірним, якщо відмова від послуг *державного суду* відбулася за вільним волевиявленням сторін спору (рішення у справі «*Девір проти Бельгії*» (1980).

При цьому КСУ зробив висновок, що правосуддя — це самостійна галузь державної діяльності, яку суди здійснюють шляхом розгляду і вирішення в судових засіданнях в особливій, встановленій законом процесуальній формі цивільних, кримінальних та інших справ.

[1254] Рішення КСУ у справі № 1-3/2008 за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців сьомого, одинадцятого статті 2, статті 3, пункту 9 статті 4 та розділу VIII «Третейське самоврядування» Закону «Про третейські суди» (справа про завдання третейського суду) : від 10.01.2008. № 1-рп/2008. *Офіційний вісник України.* 2008. № 28. Ст. 903.

Третейський розгляд спорів сторін у сфері цивільних і господарських правовідносин — це вид недержавної юрисдикційної діяльності, яку третейські суди провадять на підставі законів України шляхом застосування, зокрема, методів арбітрування.

Виконання третейськими судами функції захисту, передбаченої в абзаці 7 ст. 2, ст. 3 Закону «Про третейські суди» (2004)[1255], є здійсненням ними не правосуддя, а третейського розгляду спорів сторін у цивільних і господарських правовідносинах у межах права, визначеного ст. 55 Конституції України.

Тим самим, не визнаючи за третейськими судами функції правосуддя, конституційна юрисдикція позбавила їх правового статусу суду, оскільки, як відомо, правосуддя в Україні здійснюється виключно судами (ст. 124 Конституції України).

Однак, не визнаючи третейські суди органами правосуддя, держава при цьому забезпечує примусове виконання їх рішень. Із приводу чого, зокрема, було самостійне рішення КСУ (справа про виконання рішень третейських судів)[1256], згідно з яким рішення третейських судів одночасно є виконавчими документами, на підставі яких за заявою стягувача або його представника про примусове виконання рішення державні виконавці районних, міських (міст обласного значення), районних у містах відділів державної виконавчої служби мають забезпечити примусове виконання рішень цих судів, якщо інше не передбачено законом.

Ще одним відступом від «класичного» розуміння суду є відповідні державні органи, які не входять до системи судів, але наділені судовою юрисдикцією. Так, для забезпечення реалізації повноти державної влади в рамках національних правових систем можуть утворюватися й функціонувати органи, до повноважень яких, поряд із іншим, входить здійснення судової юрисдикції. В Україні, для прикладу, до таких органу можна віднести Кваліфікаційно-дисциплінарну комісію прокурорів, дисциплінарні палати та Вищу кваліфікаційно-дисциплінарна комісію адвокатури, а також Дисциплінарні палати та Вищу раду правосуддя, які здійснюють спеціалізовану дисциплінарну юрисдикцію щодо прокурорів, адвокатів та суддів.

[1255] Про третейські суди: Закон від 11 трав. 2004 р. № 1701-IV // Верховна Рада України : офіц. веб-портал парламенту України. Дата оновлення : 01.07.2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15#Text

1255

[1256] Рішення КСУ у справі № 1-8/2004 за конституційним зверненням спільного підприємства «Мукачівський плодоовочевий консервний завод» про офіційне тлумачення положення пункту 10 статті 3 Закону України «Про виконавче провадження» (справа про виконання рішень третейських судів) : від 24.02.2004 № 3-рп/2004. *Офіційний вісник України.* 2004. № 9. Ст. 536.

З цього приводу у рішенні «Олександр Волков проти України»[1257] ЄСПЛ виснував, що ніщо не заважає назвати «судом» конкретний національний орган, який не входить до судової системи. Адміністративний або парламентський орган може вважатися «судом» у матеріально-правовому сенсі цього терміна, що призведе до можливості застосування ст. 6 Конвенції до спорів державних службовців.

Крім того, ЄСПЛ зазначив, що, вирішуючи справу заявника і виносячи обов'язкове для виконання рішення, Вища рада юстиції (на даний момент — ВРП), парламентський комітет і пленарне засідання парламенту разом виконували функцію суду. Обов'язкове для виконання рішення про звільнення заявника було згодом переглянуте Вищим адміністративним судом України, який є судом, що входить до національної судової системи у класичному розумінні цього слова.

ЄСПЛ у цій справі звернувся до своїх попередніх позицій та вказав, що у контексті першої умови Судові ніщо не заважає назвати «судом» конкретний національний орган, який не входить до судової системи, для цілей встановлення його відповідності критеріям, викладеним у справі «Вільхо Ескелайнен та інші проти Фінляндії». Адміністративний або парламентський орган може вважатися «судом» у матеріально-правовому значені цього терміну, що призведе до можливості застосування ст. 6 Конвенції до спорів державних службовців (див. рішення у справах «Аргіру ті інші проти Греції» (Argyrou and Others v. Greece), заява № 10468/04, п. 24, від 15.01.2009, та «Савіно та інші проти Італії» (Savino and Others v. Italy), заяви №№ 17214/05,20329/05 та 42113/04, пп. 72–75, від 28.04.2009). Проте висновок щодо застосовності ст. 6 Конвенції не перешкоджає розгляду питання дотримання процесуальних гарантій у такому провадженні (див. вищезазначене рішення у справі «Савіно та інші проти Італії» (Savino and Others v. Italy), п. 72).

ЄСПЛ у своїх правових позиціях також вказує, що ст. 6 Конвенції «не передбачає створення державами–учасницями якихось конкретних судів для вирішення конкретних справ, а слово «суд (трибунал)», вжите у п. 1 ст. 6, не обов'язково слід розуміти як таке, що означає суд класичного типу і є елементом стандартної судової системи держави…»[1258]. Провівши детальний аналіз та узагальнення правових позицій Суду

1257

[1257] Справа «Олександр Волков проти України» (Заява № 21722/11) : рішення Європ. суду з прав людини від 09.01.2013, остаточне 27/05/2013. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947#Text

1258

[1258] Case of Transado-Transortes Fluviais do Sado, S.A. v. Portugal (Application № 35943/02) : Decision of the European Court of Human Rights of 16 December 2003 // HUDOC : database. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-24074

щодо поняття «суд» М. Магрело справедливо вказує, що «у практиці ЄСПЛ ціла низка органів, що не є судами в класичному розумінні, були визнані такими, що охоплюються поняттям «суд» в значенні ст. 6 ЄКПЛ: арбітражний трибунал, створений для розгляду конкретних справ за участю окремих компаній; пенітенціарний адміністративний орган («рада відвідувачів»), призначений окремо для кожної в'язниці Англії та Уельсу і уповноважений, серед іншого, розглядати скарги ув'язнених, накладати дисциплінарні стягнення, відповідати за належність умов їх утримання тощо; адміністративний орган, уповноважений вирішувати питання щодо надання дозволів на укладання угод із нерухомістю; адміністративний орган, створений для вирішення справ за участю малолітніх осіб, до складу якого входили спеціально навчені експерти з відповідним досвідом, процедура в якому була відмінною від класичної судової; адміністративний орган у сфері адвокатури, уповноважений приймати кінцеві рішення в межах своїх повноважень, незважаючи на множинність його функцій — регуляторну, наглядову, дисциплінарну та ін.; адміністративний орган у сфері транспорту і зв'язку, уповноважений надавати дозволи на укладання угод із деякими об'єктами власності; парламент, уповноважений в окремих випадках накладати дисциплінарні стягнення на будь-кого як в парламенті, так і за його межами за публікацію наклепу; парламент, уповноважений вирішувати питання про звільнення суддів; адміністративний орган у системі судоустрою («національна судова рада»), наділений повноваженнями приймати рішення про звільнення суддів у межах дисциплінарної процедури»[1259].

Ключовими рисами, яким має відповідати такий орган для того, щоб бути «судом», є: здатність приймати обов'язкові рішення; діяльність на основі закону і в рамках встановленої процедури; діяльність у межах власної компетенції (а не поза нею); незалежність і безсторонність[1260].

Здатність приймати обов'язкове рішення у справі є елементом більш широкої якості «справедливого суду», а саме: так званої «повноти юрисдикції» (*fulljurisdiction*) в питаннях факту і права. Воно включає, зокрема, повноваження скасовувати, у частині питань фактів і права, рішення нижчих органів, а також можливість всебічного вивчення фактів і повного перегляду юридичної оцінки обставин справи

[1259] Магрело М. Автономна концепція поняття «суд» як основа інституту справедливого суду. *Вісник Академії адвокатури України.* 2013. № 2. С. 70–77.

[1260] Kuijer M. The Right to a Fair Trialand the Council of Europe's Effortsto Ensure Effective Remedieson a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings. *Human Rights Law Review.* 2013. Vol. 13, Iss. 4. P. 777–794.

нижчими інстанціями (*sufficiencyofreview*). Критерій «повноти юрисдикції» відображає, серед іншого, якість судового рішення, у тому числі повноту встановлених обставин, всебічність юридичної оцінки, обґрунтованість і належну мотивацію такої оцінки (відповідність оцінки встановленим обставинам, заснованість оцінки на положеннях законодавства із врахуванням практики ЄСПЛ), що, в результаті, безпосередньо впливає на ефективність рішення відповідної інстанції щодо реального відновлення прав, які були предметом судового захисту. Незабезпечення якогось із названих аспектів «повноти юрисдикції» має наслідком порушення гарантії розгляду справи «судом» у розумінні ст. 6 Конвенції[1261].

На даний момент у ВП ВС склався підхід, згідно з яким: «*Дисциплінарні палати ВРП в такому провадженні виступають* ***квазісудом*** *першої інстанції*, оскільки здійснюють розгляд скарги на дії судді та приймають рішення на підставі балансу поданих доказів. При розгляді ВРП скарги на рішення її дисциплінарних палат по суті відбувається апеляційний перегляд.

Тому, враховуючи положення глави 4 Закону № 1798-VIII та частини шостої статті 266 КАС, ВП ВС розглядає скарги на рішення ВРП, ухвалене за результатами розгляду скарги на рішення її Дисциплінарної палати, в касаційному порядку»[1262].

Подібна правова позиція була відтворена ВП ВС у Постанові від 09.11.2023 у справі № 11-395сап21: «… ВРП у дисциплінарному провадженні є ***квазісудом***, оскільки здійснює розгляд скарги на рішення дисциплінарного органу про притягнення / відмову у притягненні до дисциплінарної відповідальності судді та приймає рішення на підставі балансу поданих доказів.».

З такого підходу ВПВС Дисциплінарна палата ВРП, як перша інстанція та ВРП, як апеляційна інстанція, є самостійними суб'єктами механізму здійснення правосуддя, і діють вони від імені держави. За таких обставин, напевно, названі Дисциплінарні палати ВРП, як сама ВРП, при здійсненні своїх юрисдикційних повноважень, мають здійснювати судову владу.

Дана теза перегукується з окремою думкою суддів ВП ВС О. Г. Яновської та Н. О. Антонюк в адміністративній справі № 9901/826/18, де зазначено наступне:

1262

[1261] Магрело М. Сам само. С.75

[1262] Постанова ВП ВС від 23.08.2018 у 1справі № 800/234/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76207319

«35. Дисциплінарний орган ВРП не є судом держави, однак має характеристики «суду» з точки зору автономного трактування статті 6 Конвенції та під час здійснення своїх функцій може розглядатися як «суд» у змістовному значенні цього терміна.

36. Вважаємо, що в таких випадках ***ВРП фактично виконує функцію «квазі-суду»****, оскільки цей орган наділений Законом № 1798-VIII широкими повноваженнями з приводу вирішення питання про притягнення або відмову в притягненні до дисциплінарної відповідальності судді.*

37. Так, ***оскарження рішення Дисциплінарної палати до ВРП є альтернативним варіантом оскарження його до суду****, тому, з урахуванням положень статей 2, 5 КАС, рішення Дисциплінарної палати ВРП до адміністративного суду може оскаржити крім судді, і особа, яка подала дисциплінарну скаргу, оскільки положення КАС не містять прямої заборони на звернення громадянина (особи) скаржника в зв'язку з незгодою із прийнятим актом, дією чи бездіяльністю Дисциплінарної палати ВРП»*[1263].

Проте, у правовій системі України відсутнє легальне поняття «квазісуд», тому оперування ним в офіційних юридичних актах, щонайменше, суперечить конституційним постулатам передбаченим ст. 124 Основного Закону.

На мою думку відповідні органи, які не входять до загальної системи судів, але в силу своїх законних повноважень наділені судовою юрисдикцією, можуть означатись, як ***компетентні судові / юрисдикційні органи***.

З цього приводу заслуговує на увагу положення ст. 5 ЄКПЛ в частині формулювання про те, що кожен, кого заарештовано або затримано за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні правопорушення, або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню правопорушення чи втечі такої особи після його вчинення, має негайно постати перед «**суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу**». Як бачимо, Конвенція допускає окрім суддів здійснювати судову владу іншими компетентними посадовими особами.

З напрацьованих позицій Суду вбачається, що вираз «***суддя або інша посадова особа, яка здійснює судову владу***» є синонімом терміну «***компетентний судовий орган***» в підпункті «с» пункту 1 ст. 5 («Шиссер проти Швейцарії» (Schiesser v. Switzerland), 1979, § 29). Здійснення

[1263] Окрема думка від 22.08.2019 у справі № 9901/826/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/84182787

«судової влади» не обов'язково обмежується розглядом судових спорів. Дія пункту 3 ст. 5 поширюється на посадових осіб прокуратури, а також суддів, що засідають у судах (там само, § 28). «Посадова особа», згадана в пункті 3, повинна надавати гарантії, що відповідають «судовій» владі, якою вона наділена відповідно до закону (там само, § 30).

Формальні, очевидні вимоги, встановлені у «законі», на відміну від стандартної практики, особливо важливі для визначення судового органу, який має право на прийняття рішення щодо свободи людини («Худ проти Сполученого Королівства» (Hood v. the United Kingdom), 1999, § 60; «Де Йонг, Балже і Ван ден Брінк проти Нідерландів» (De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands), 1984, § 48).

Поняття «посадова особа» не ідентичне поняттю «судді», але така посадова особа повинна мати деякі характеристики останнього, тобто відповідати певним умовам, кожна з яких представляє собою гарантію для заарештованого («Шиссер проти Швейцарії» (Schiesser v. Switzerland), 1979, § 31)[1264].

Ми звернули увагу на дане конвенційне положення, зокрема, і для того щоб показати, про допустимість здійснення судової влади не лише «судом» і «суддями» у класичному їх розумінні. Це також має нас підштовхнути до подальшого переосмислення вітчизняного законодавчого визначення поняття «судова влада», й зокрема щодо повноважних суб'єктів, меж та форм її здійснення.

Окремий аспект правового феномену «суду» стосується його наднаціонального та міжнародного рівнів. Варто нагадати, що міжнародні суди не є органами влади окремої держави. Проте держави, які стали засновниками чи учасниками міжнародних судів, зобов'язуються визнавати їхню юрисдикцію, підпорядковуватися рішенням і забезпечувати їхнє виконання. У 2016 р. статтю 124 Конституції було доповнено положеннями, які встановили, що Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на умовах, визначених РС. Варто нагадати, що Україна свого часу не змогла визнати юрисдикцію МКС та ратифікувати РС, який був підписаний від імені України 20.01.2000, оскільки КСУ визнав його таким, що не відповідає Конституції. У своєму рішенні, ухваленому в 2001 р. у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України РС (справа про РС) КСУ роз'яснив, що згідно зі ст. 1 РС,

1264

[1264] Посібник зі статті 5 Європейської конвенції з прав людини. Право на свободу та особисту недоторканність Оновлено 31.08.2024. Рада Європи. Європейський суд з прав людини, 2025. С. 42–43. URL: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_5_ukr

МКС є постійним органом, уповноваженим здійснювати юрисдикцію щодо осіб, відповідальних за найсерйозніші злочини, які викликають стурбованість міжнародного співтовариства, доповнює національні органи кримінальної юстиції. Аналогічне положення міститься також в абзаці десятому Преамбули Статуту. Доповнюючий національну систему правосуддя характер МКС конкретизується й у ряді інших статей Статуту, зокрема в п. 2 ст. 4, згідно з яким Суд може здійснювати свої функції і повноваження на території будь-якої держави–учасниці, у пп. «а» п. 1 ст. 17, відповідно до якого МКС приймає до свого провадження справи не тільки за зверненням держави–учасниці, а й з власної ініціативи, коли держава, під юрисдикцією якої перебуває особа, підозрювана у вчиненні передбаченого Статутом злочину, «не бажає або не здатна проводити розслідування чи порушити кримінальне переслідування належним чином». Це істотно відрізняє МКС від інших міжнародних судових органів, зокрема ЄСПЛ, можливість звертатися до яких за захистом своїх прав і свобод закріплено в ч. 4 ст. 55 Конституції України. Такі міжнародні судові органи порушують справу лише за зверненням осіб, причому особа може звернутися до них лише після використання всіх національних засобів правового захисту. Отже, на відміну від міжнародних судових органів, передбачених ч. 4 ст. 55 Конституції України, правова природа та юрисдикційні повноваження яких мають допоміжний (субсидіарний) характер, МКС доповнює систему національної юрисдикції. Можливість такого доповнення судової системи України не була передбачена розділом VIII «Правосуддя» Конституції. Це дало КСУ підстави для висновку, що абзац десятий Преамбули та ст. 1 Статуту не узгоджуються з положеннями ч. 1, 3 ст. 124 Конституції, а тому приєднання України до цього Статуту відповідно до ч. 2 ст. 9 Конституції було можливим лише після внесення до неї відповідних змін.

Таким чином, після відповідних конституційних змін 2016 року[1265] відкрився юридичний шлях до приєднання нашої держави до РС[1266], та водночас розширився конституційно-правовий зміст поняття «суд» як органу не лише державної влади, а й міжнародної установи, інтегрованої до національної правової системи.

[1265] Статтю 124 Конституції в редакції Закону № 1401-VIII від 02.06.2016 було доповнено новою частиною такого змісту: «Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на умовах, визначених Римським статутом Міжнародного кримінального суду».

[1266] Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон // Голос України від 24.08.2024. № 110.

Разом з тим у 2025 р. Україна ратифікувала Угоду укладену між Україною та РЄ про створення Спеціального трибуналу щодо злочину агресії проти України[1267] , якою в ст. 1 встановлено, що Спеціальний трибунал має повноваження розслідування, кримінального переслідування та судового розгляду справ стосовно осіб, які несуть найбільшу відповідальність за злочин агресії проти України. Така юрисдикція ґрунтується на територіальній юрисдикції України.

Таким чином Україна разом із РЄ виступила співзасновником окремого міжнародного суду (трибуналу), кримінальна юрисдикція якого може мати конкуренцію передусім із національними судами[1268] у контексті дотримання положень ч. 5 ст. 55 Конституції України[1269].

Водночас, в умовах інтенсивних євроінтеграційних процесів щодо набуття Україною повноправного членства в Європейському Союзі, актуальним також є питання щодо визнання на конституційному рівні юрисдикції Суду ЄС.

При цьому потрібно зважати на сучасні тенденції зміни парадигми європейської інтеграції з наднаціонального об'єднання до наддержавного об'єднання з особливим конституційним ладом та унікальною правовою системою. Етап правової інтеграції змінюється на етап правової імплементації права ЄС у національні правові системи через практику Суду ЄС та функціонування національних судів[1270].

[1267] Про ратифікацію Угоди між Україною та Радою Європи про створення Спеціального трибуналу щодо злочину агресії проти України : Закон // Голос України від 16.07.2025. № 138

[1268] Згідно статті 437 Кримінального кодексу України під злочином агресії розуміється планування, підготовка або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, а також участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій, а також ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій.

Водночас, згідно статті 2 Статуту Спеціального трибуналу щодо злочину агресії проти України для цілей цього Статуту «злочин агресії» означає планування, підготовку, ініціювання або вчинення особою, яка спроможна фактично здійснювати контроль за політичними чи військовими діями держави або керувати ними, акту агресії, який за своїм характером, тяжкістю та масштабами є грубим порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй.

[1269] Кожен має право після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

1270

[1270] Камінська І. В. Судова система ЄС: гносеологічні засади функціонування і розвитку. Часопис Київського університету права. 2020. № 1, С. 49. DOI: https://chasprava.com.ua/index.php/journal/article/view/253/238

Зокрема, як вважає **Б. Веселовський,** «окремої уваги потребують конституційні положення, що регулюють судочинство в Україні, адже важливо узгодити їх із можливістю визнання юрисдикції Суду ЄС у правовій системі України.

Тому мають передбачатися конституційні зміни, які дозволять українським судам передавати справи на розгляд Суду ЄС для отримання попередніх рішень у питаннях права Євросоюзу та визнати обов'язковість його рішень у відповідних сферах.

Для України зміни до Конституції, спрямовані на інтеграцію в ЄС, є стратегічно важливим кроком, але це стане можливим лише після завершення чи припинення правового режиму воєнного стану. Лише тоді відкриється можливість для глибинних конституційних реформ, які забезпечать повну відповідність нашого основного закону європейським стандартам»[1271].

Водночас постає низка питань. Зокрема, чи здійснюють наднаціональні / міжнародні судові установи (суди, трибунали, комісії тощо), юрисдикцію яких визнала Україна, правосуддя у розумінні ст. 124 Конституції України? Чи мають рішення таких судів владний характер? Чи наділені такі органи судовою владою у їх класичному розумінні? Чи мають такі судові органи належати до судової влади? Пошук відповідь на ці питання потребує узгодження з оновленням вітчизняних доктрин щодо національного суверенітету та конституційної законності, зокрема, зважаючи на процес входження України до Євросоюзу.

1.2. Принцип легальності судової влади

Одним з елементів забезпечення формули щодо «правової держави» є легальність влади. Саме легальність (або законність) влади закладає правовий порядок набуття, утримання та використання влади. Це проявляється у відповідності дій влади нормам права, доведенні через юридично визначенні процедури права на владу як соціальними інститутами, так і окремими політичними агентами[1272].

У теорії судової влади одним із ключових принципів визнається легальність (законність) судової влади, який у своєму первинному

[1271] Веселовський Б. Євростандарт для Конституції: як Україна має змінити основний закон до вступу в ЄС // Європейська правда від 15.11.2024. URL: https://www.eurointegration.com.ua/articles/2024/11/15/7198450/ 1271

[1272] Яковенко Л. І. Паритет легітимності та легальності: концептуальні засади політико-правового дискурсу // Науковий журнал «Політикус». 2020. Вип. 2. С.29.

значенні означає підзаконний характер як організації, так і діяльності судової влади в державі. Зокрема, прийнято вважати, що принцип законності судової влади проявляється у відповідності закону судових установ і судових процедур. Судові органи й судді мають діяти на підставі закону, підкорюватися лише Конституції та законам України[1273].

Вимога легальності судової влади повною мірою відбивається в системі принципів судової влади та включає такі елементи: (а) наявність установлених Конституцією й законами держави правових підстав діяльності судових органів, порядку їх організації, компетенції, правового статусу суддів; (б) нормативно визначений організаційно-правовий механізм, що забезпечує суворе додержання законодавства судом, тобто судова влада реалізується відповідно до чітко визначеної в законі процесуальної процедурі розгляду судових справ і порядку перегляду судових рішень вищою судовою інстанцією; (в) судове влада є відповідальною за стан законності в державі в цілому, дотримання законів органами виконавчої й законодавчої влад через механізми адміністративної й конституційної юрисдикції[1274].

Варто зважати, що згідно з п. 14 ст. 92 Конституції виключно законами України визначаються такі сегменти судової влади, як: судоустрій, судочинство, статус суддів; засади судової експертизи; організація і діяльність прокуратури, нотаріату, органів досудового розслідування, органів і установ виконання покарань; порядок виконання судових рішень; засади організації та діяльності адвокатури.

Правова природа законності судової влади настільки глибока і значна, що вітчизняний законодавець неодноразово намагався дати законодавче визначення поняттю «судова влада». Так, одна з перших спроб законодавчого визначення змісту судової влади можна бачити у Законі «*Про судоустрій України*» (2002 р.), що розпочинався статтею 1 під назвою «Судова влада», в якій закріплювалося: «*1. Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи судової влади здійснюють свої повноваження виключно на підставах, у межах та порядку, передбачених Конституцією України та законами. 2. Судова влада реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також*

[1273] Організація судових та правоохоронних органів : підручник / за ред. І. Є. Марочкіна. Харків: Право. 2013. С. 44.

Лапкін А. В. Організація судових та правоохоронних органів України : навч. посіб. у схемах / А. В. Лапкін. Вид. 5-те, змін. і допов. Харків: Право, 2016. С.24

[1274] Городовенко В. В. Принципи судової влади : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.10 ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». Харків, 2012, С. 37.

конституційного судочинства. 3. Судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції. 4. Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі».

Проте вже у 2010 р. законодавець оновив зміст «судової влади», і у ст. 1 Закону «*Про судоустрій і статус суддів*» (2010), яка також мала назву «Судова влада», закріпив положення дещо іншого змісту: «*1. Судова влада в Україні відповідно до конституційних засад поділу влади здійснюється незалежними та безсторонніми судами, утвореними згідно із законом. 2. Судову владу реалізовують професійні судді та, у визначених законом випадках, народні засідателі і присяжні шляхом здійснення правосуддя в рамках відповідних судових процедур. 3. Судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції*».

Далі, точніше у 2016 р., розуміння законодавцем сутності судової влади досить серйозно змінилося. Так, у ст. 1 вже нового Закону «*Про судоустрій і статус суддів*» (2016), яка також називалася «Судова влада», встановлено: «*1. Судова влада в Україні відповідно до конституційних засад поділу влади здійснюється незалежними та безсторонніми судами, утвореними законом. 2. Судову владу реалізовують судді та, у визначених законом випадках, присяжні шляхом здійснення правосуддя у рамках відповідних судових процедур*».

Таким чином, можна побачити, що за чверть століття у механізмі розподілу державної влади тричі змінювалося розуміння правової природи й змісту судової влади. Лише з поверхневого погляду на зміст цих трьох законодавчих визначень судової влади, які давав законодавець у 2002, 2010 та 2016 роках, можна помітити, що зміст, сутність і межі (рамки) судової влади послідовно скорочувалися і звужувалися.

Зокрема, якщо у 2002 р. юрисдикція судів поширювалася на всі правовідносини, що виникали у державі, то з 2010 р. це положення було усунуте із закону, а у 2016 р. не тільки із профільного закону про судоустрій, а й із Конституції України.

Ключове положення, яке давало підстави вести мову про формування в Україні єдиної й цілісної судової влади, полягало у приписах законодавства, які встановлювали, що судова влада реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також конституційного судочинства. Судочинство мало здійснюватися КСУ та судами загальної юрисдикції.

Проте підґрунтя єдності й цілісності, а отже, і незалежності судової влади значно ослабло після 2016 р., коли законодавець на свій розсуд розподілив суверенну владу Українського народу й позбавив судову владу конституційної юрисдикції. Це випливає і з конституційних

змін 2016 р., а також положень Закону «*Про судоустрій і статус суддів*» (2016). На сьогоднішній день Конституційний Суд України втратив статус органу правосуддя і не належить до судової гілки влади.

Як виснував ВС у своєму рішенні: «*Президент, Верховна Рада України та з'їзд суддів України призначають по 6 суддів КСУ. Зазначене вказує на політичний характер формування цього органу конституційної юрисдикції.*

Крім того, КСУ не розглядає конкретних юридичних справ щодо спорів між певними суб'єктами права, а може визнавати неконституційними нормативні акти (тобто діяти як негативний законодавець) й здійснювати обов'язкові для застосування тлумачення Основного Закону і, за чинною на той час редакцією Конституції, тлумачення законів (тобто діяти як позитивний законодавець).

Ці обставини суттєво відрізняють КСУ від судів загальної юрисдикції, оскільки зазначене вище свідчить про те, що цей орган є більшою мірою політичним, ніж судовим»[1275].

На наш погляд, позиція й аргументи ВС є досить спірні з огляду на одну просту причину, а саме на те, що і самих суддів ВС, як і всіх інших суддів, опосередковано призначає політична влада.

Водночас попри те, що законодавець послідовно давав однакову назву даній нормі закону у різних її редакціях, він, на жаль, так і не спромігся навести чіткого визначення терміна «судова влада», а лише сформулював загальні критерії, за якими судову владу в Україні можна буде ідентифікувати. Зокрема, до легально встановлених ознак судової влади в Україні відноситься те, що вона: (1) *здійснюється виключно судами*; (2) *такі суди мають утворюватися за законом*; а також (3) *бути незалежними і безсторонніми*.

Вбачається, що відступ від правових основ легальності судової влади має своїм наслідком її делегалізацію. Судова влада є незаконною, якщо вона не відповідатиме хоча б одній із названих вище ознак. Делегалізація судової влади в особі її органів одночасно підриває легальність юридичних актів, які ухвалюються від її імені.

Одним із актуальних прикладів делегітимованої судової влади можуть бути різноманітні форми організації та діяльності «квазісудових» утворень, зокрема, сформованих невизнаними / самопроголошеними злочинними організаціями (ЛНР, ДНР) чи державами-агресорами на окупованих територіях.

Як слушно звернув увагу С. В. Вилков, легалізація квазісудових органів на ТОТ України спричиняє серйозні юридичні наслідки як на

1275

[1275] Постанова ВП ВС від 14.03.2018 у справі № П/800/120/14. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/73195164

національному, так і на міжнародному рівнях. Аналіз українського законодавства щодо незаконних судових установ вказує на чітку заборону створення та функціонування будь-яких органів, що імітують судову владу без відповідного правового мандату. Конституція України визначає судову систему як єдину та неподільну, а будь-які спроби створити альтернативні судові органи є протиправними та підпадають під кримінальну відповідальність[1276].

Якщо існуючу проблематику щодо судової влади та правосуддя, яке може здійснюватися виключно судами, розглянуто вище, то така ознака, як «суд утворений законом», потребує окремої уваги.

Як вже було раніше досліджено поняття «суду» у розумінні ЄСПЛ, як будь-який юрисдикційний орган, що вирішує питання, віднесені до його компетенції на підставі норм права, відповідно до встановленої процедури. Такий суд (орган) має бути *встановлений законом*, зокрема, бути: утвореним безпосередньо на підставі закону; діяти в межах своєї предметної, функціональної та територіальної юрисдикції; діяти в законному складі.

На думку В. І. Зінкіна для вітчизняного правозастосування «*суд, встановлений законом*» означає дотримання: (1) усіх правил юрисдикції та підсудності; (2) правил автоматичного розподілу справ; (3) повноважності судді; (4) належного складу суду; (5) достатніх повноважень для розгляду певної категорії справ[1277].

При цьому Т. А. Цувіна виокремлює *інституційну*, *процесуальну* та *компетенційну* складові поняття «суд, встановлений законом» як елемента права на справедливий судовий. На думку дослідниці порушення будь-якої із цих складових має визнаватися фундаментальним порушенням права на справедливий судовий розгляд, що має тягнути за собою скасування судового рішення у справі.

Інституційна складова поняття «суду, встановлений законом» має запобігати порушенням порядку набуття статусу судді або призначення на посаду судді осіб, які не відповідають вимогам до кандидатів на посаду судді.

Процесуальна складова поняття «суд, встановлений законом» запобігає порушенням порядку призначення судді для розгляду конкретної справи. Вимога «суду, встановленого законом», окрім іншого, передбачає дотримання вимог щодо призначення складу суду у конкретній

[1276] Вилков С. В. Легалізація квазісудових органів на тимчасово окупованих територіях України як протиправна діяльність. Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. Випуск 104. 2024, С. 32.

[1277] Суд, встановлений законом. URL: https://sudpraktika.wordpress.com

1277

справі та вимагає перевірки легітимності участі кожного із суддів у розгляді відповідної справи. Порушення права на «суд, встановлений законом» буде при: недотриманні вимог щодо кількісного складу суду; порушенні вимог щодо повторної участі судді у справі; тимчасового переведення судді для виконання функцій у іншому суді з порушенням встановленої законом процедури; недотриманні вимог закону щодо участі народних засідателів/присяжних у розгляді справи.

Компетенційна складова поняття «суд, встановлений законом» покликана забезпечення дотримання правил юрисдикції та вимог передачі справи з одного суду до іншого та унеможливити вихід суду за межі повноважень, встановлених законом[1278].

Ідея «суду встановленого законом» як складова права на справедливий суд тісно переплетена з ідеєю природного суду, яка має глибоке правове коріння та зміст.

2. Принцип природного суду та його втілення в організації судової влади України

2.1. Правовий зміст принципу природного суду

Ідея «природного суду (судді)» (ісп. — *juez natural*) становить фундаментальну гарантію права на справедливий суд, а початок його ствердження можна простежити ще з часів античної філософської думки[1279].

Юридична формалізація принципу природного суду відстежується в часи середньовіччя, коли у *Великій хартії вольностей* (1215 р.) було конституйовано «*право на суд рівних відповідно до законів країни*»[1280].

У період Великої французької революції принцип природного суду відобразився у *Конституції Франції* (1791 р.), де встановлювалося, що громадяни не можуть бути позбавлені законної підсудності ніякими спеціальними указами, ні іншими розпорядженнями про передачу чи вилучення їхніх справ, крім випадків, передбачених законом.

[1278] Цувіна Т. А. «Суд, встановлений законом» як елемент права на справедливий судовий розгляд у цивільному судочинстві. *Часопис Київського університету права.* 2019. № 2. С. 138.

[1279] Сопільник Р.Л. Історична ґенеза концепції справедливого суду. *Академічні візії*, 2022. Вип. 3. С. 58

[1280] Шевченко О. О. Історія держави і права зарубіжних країн : Хрестоматія. Київ : Вентурі, 1995. С. 65.

Сьогодні принцип «природного суду» став базовим для конституційного ладу багатьох країн світу. Так, згідно доповіді Венеціанської комісії щодо незалежності судової системи[1281] стверджується, що багато європейських конституцій містять суб'єктивне право особи на розгляд її справи «законним суддею» (у законодавчих положеннях часто визначається як «суддя природного права, попередньо встановлений законом»). У висновку цієї доповіді вказано, що базові принципи, які стосуються незалежності судової системи, мають бути закріплені у Конституції чи текстах еквівалентної юридичної сили. Серед них головними є такі: судова система є незалежною від інших органів державної влади, судді у своїй діяльності підпорядковуються тільки закону, розрізняються лише за функціями, які вони виконують, включно з принципом того, що *суддя природного права чи суддя за законом попередньо встановлюється законом* та є незмінюваним.

Найчастіше такі гарантії формулюються через заперечувальне речення, наприклад, у Конституції Бельгії: «Жодна особа не може без власного бажання бути позбавлена можливості розгляду її справи *судцею, що призначений їй законом*» (ст. 13) або Італії: «Жодна особа не може бути позбавлена можливості розгляду її справи *суддею природного права, установленим законом*». Інші конституції визначають «право на розгляд справи *суддею, установленим законом*» у стверджувальний спосіб, наприклад, Конституція Словенії: «Кожна особа має право на своєчасне винесення рішення щодо її прав та обов'язків або висунутих проти неї обвинувачень судом, установленим законом. Тільки суддя, призначений за правилами, заздалегідь установленими законодавством, та відповідними судовими регламентами, може судити цю особу».

Також, згідно з § 24 Конституції Естонії: «Жодна особа не може бути без власного бажання переведена з юрисдикції одного суду до юрисдикції іншого суду»; ст. 8 Конституції Греції: «Жодна особа не може без власного бажання бути позбавлена права на розгляд її справи суддею, установленим законом»; ст. 33 Конституції Ліхтенштейну: «Жодна особа не може бути позбавлена права на розгляд її справи відповідним суддею; створення спеціальних трибуналів заборонене»; ст. 13 Конституції Люксембургу: «Жодна особа не може бути позбавлена права на розгляд її справи суддею, установленим законом»; ст. 17 Конституції Нідерландів:

[1281] Доповідь Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська комісія) щодо незалежності судової системи, (прийнята Венеціанською комісією на 82-му (Венеція, 12–13 березня 2010 р.). URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2018/05/EU_Standarts_book_web-1.pdf

«Жодна особа не може бути без власної волі позбавлена доступу до суду, до якого вона має право звертатися згідно із законом», ст. 83 Конституції Австрії: «Жодна особа не може бути позбавлена права на розгляд її справи суддею, установленим законом»; ст. 32 п. 9 Конституції Португалії: «Жодна особа не може бути позбавлена доступу до суду, що вже мав відповідну юрисдикцію за раніше діючим законом»; ст. 48 Конституції Словаччини: «Жодна особа не може бути виключена з юрисдикції судді, що був визначений для неї законом. Юрисдикція суду встановлюється законом»; ст. 101 Основного закону Німеччини: «Жодна особа не може бути виключена з юрисдикції свого законного судді»[1282].

На сьогоднішній день ідея природного суду відображена у ст. 14 *Міжнародного пакту про громадянські й політичні права* (далі — МПГПП), де встановлено, що всі особи є рівними перед судами і трибуналами і кожен має право у процесі розгляду будь-якого кримінального обвинувачення, пред'явленого йому, або у разі визначення його права та обов'язків у будь-якому цивільному процесі на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону; а також у ст. 6 *Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод*, яка встановлює право на справедливий суд, і передбачає, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, установленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

Принцип природного суду деталізується у п.5 *Основних принципів незалежності судових органів* (1985 р.)[1283] де встановлено, що кожна людина має право на судовий розгляд у ***звичайних судах*** *або* ***трибуналах****, які застосовують встановлені юридичні процедури. Не повинні створюватись трибунали, що не застосовують встановлені належним чином юридичні процедури, з метою підміни компетенції звичайних судів або судових органів*.

У сучасному розумінні, принцип природного суду означає, що жодна особа не може бути засуджена інакше, ніж звичайним, раніше встановленим, компетентним судом або суддею. Правова сутність цього принципу дає можливість окреслити рамки законного, у розумінні

1283

[1282] Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ, 2015, С. 103.

[1283] Основні принципи незалежності судових органів (1985 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text

правового, суду. Водночас межі природного суду не допускають створення *екстрених*, «*ad hoc*», *надзвичайних судів* і судів, створених «*ex post facto*». Незважаючи на те, що принцип «природного суду/судді» заснований на суміжному принципі рівності перед законом і судом, який означає, що закони не повинні бути дискримінаційними або застосовуватися суддями дискримінаційним чином, проте, як зазначає Комітет із прав людини, «*право на рівність перед законом і на рівний захист закону без будь-якої дискримінації не означає, що будь-яка різниця в поводженні є дискримінаційною*». Проте, як неодноразово вказував Комітет, різниця в поводженні допустима, тільки якщо вона заснована на розумних і об'єктивних критеріях.

Комісія з прав людини підтвердила принцип «природного суду» в ряді прийнятих нею резолюцій. Наприклад, у резолюції 1989/32 Комісія рекомендувала державам брати до уваги принципи, що містяться у проекті *Загальної декларації про незалежність правосуддя*, також відомої як Декларація Сінгві[1284]. Стаття 5 цієї Декларації встановлює: «(b) *Ніякий судовий орган не повинен створюватися ad hoc, з метою підміни юрисдикції, якою належним чином наділені суди*; (c) Кожен має право на розгляд його справи з належною терміновістю і без необґрунтованих затримок *звичайними судами або судовими трибуналами, в установленому законом порядку, з можливістю судового перегляду*; (e) У періоди надзвичайних ситуацій держава має докладати всіх зусиль для того, щоб справи цивільних осіб, обвинувачених у будь-яких кримінальних правопорушення, розглядалися звичайними цивільними судами». Також варто виокремити дві резолюції про «чесність і непідкупність судової системи», в яких Комісія ще раз вказала, що «кожна людина має право на судовий розгляд у звичайних судах або трибуналах, які *застосовують установлені юридичні процедури*, а також і те, що *трибунали, які не застосовують установлені належним чином юридичні процедури, з метою підміни компетенції звичайних судів або судових органів, створюватися не повинні*».

Існування спеціалізованих судів або юрисдикцій широко поширене й обумовлено специфікою розглянутих ними питань. Так, спеціалізовані юрисдикції існують у багатьох правових системах для вирішення питань, пов'язаних із трудовим, адміністративним, сімейним, комерційним правом тощо. До того ж, *у процесі розгляду кримінальних справ у виняткових випадках існування спеціальних юрисдикцій для певних груп, таких як корінні народи і неповнолітні, визнається міжнародним*

[1284] Декларація Сінгві стала основою для Основних принципів ООН, що стосуються незалежності судових органів.

правом і обумовлено особливостями осіб, щодо яких ведеться кримінальне переслідування.

У своїй діяльності Комітет із прав людини не виробив значної практики, що стосується принципу «природного судді», проте він торкався питання про «надзвичайні» або спеціальні суди. Традиційно він не розглядав спеціальні суди, які за своєю суттю несумісні з п. 1 ст. 14 МПГПП[1285].

У зауваженні загального порядку № 13, прийнятому 1984 р, Комітет із прав людини висловив таку точку зору: «*Положення ст. 14 застосовуються до всіх, як звичайних, так і спеціальних, судів і трибуналів, й охоплюються цією статтею. Комітет зазначає існування в багатьох країнах військових і спеціальних судів, які розглядають справи цивільних осіб. Це могло б привести до серйозних проблем у тому, що стосується справедливого, неупередженого і незалежного відправлення правосуддя. Часто причина створення таких судів полягає в тому, щоб дозволити застосування виняткових процедур, що не відповідають звичайним нормам правосуддя. Хоча Пакт і не забороняє такі категорії судів, проте розгляд цивільних справ такими судами може здійснюватися на винятковій основі і проводитися в умовах, за яких дійсно повністю дотримуються всі гарантії, передбачені статтею 14… Якщо держави–учасники під час надзвичайного стану у країні вирішують, як передбачено у ст. 4, відступити від звичайної процедури, дотримуватися якої вимагає ст. 14, то вони повинні забезпечити, щоб ці відступи не виходили за межі, які необхідні внаслідок гостроти фактичного положення,* і задовольняли інші умови *п. 1 ст. 14*»[1286].

Комітет неодноразово висловлював свою стурбованість щодо використання спеціальних судів і в декількох випадках рекомендував подібні суди відмінити. Комітет також розглядає скасування спеціальних судів як фактор, що вносить позитивний внесок в імплементацію МПГПП на національному рівні.

Для прикладу, Комітет рекомендував Нігерії скасувати «*всі укази, які встановлюють спеціальні трибунали, або скасовують звичайні конституційні гарантії основних прав, або юрисдикцію звичайних судів*».

У справі проти Нікарагуа Комітет установив, що «*процедури перед Tribunales Especiales de Justicia [спеціальні трибунали ad hoc] не надавали гарантій справедливого розгляду, передбачених ст. 14 Пакту*».

[1285] Международные принципы, касающиеся независимости и подотчётности судей, адвокатов и прокуроров. Практическое руководство № 1. Международная комиссия юристов, 2007. С. 8–9.

[1286] Там само. С. 10.

Комітет установив порушення права на справедливий судовий розгляд у справі, в якій відносно обвинуваченого проводилося судове слухання і він був засуджений і в першій, і в апеляційній інстанціях, які складалися з «*безликих суддів*», без належного забезпечення відкритих слухань з правом присутності громадськості і змагального процесу; йому не було дозволено бути присутнім і захищати себе під час розгляду, ні особисто, ні через свого представника, і не було надано можливості задавати питання свідкові обвинувачення.

У схожій справі, що стосується Перу, Комітет дійшов висновку, що «сама природа системи розглядів «безликими суддями» у віддаленій в'язниці заснована на виключенні громадськості з розгляду. У цій ситуації обвинувачені не знали, ким є судді, які здійснюють щодо них розгляд, а для підготовки обвинувачених до захисту і спілкування зі своїми адвокатами створювалися неприпустимі перешкоди. Більш того, ця система не здатна гарантувати головний аспект справедливого суду: *суд повинен бути, і це має бути очевидно, незалежним і безстороннім*. У системі розгляду, проведеного «безликими суддями», не гарантовано ні незалежність, ні неупередженість суддів, оскільки суд, будучи заснованим ad hoc, міг включати в себе діючих службовців збройних сил.

Комітет із прав людини зазначив, що спеціальні трибунали повинні виконувати положення ст. 14 МПГПП. Проте він вказав, що «доволі часто *причини створення таких судів полягають у тому, щоб допустити застосування виняткових процедур, які не відповідають звичайним нормам правосуддя*».

Міжамериканська комісія з прав людини також звернулася до принципу «природного суду/судді». Позиція Комісії була чітко узагальнена в рекомендаціях загального порядку, які вона сформулювала для своїх держав-членів 1997 р., де зазначено: «У зв'язку з питаннями юрисдикції Комісія нагадує державам–членам, що судові провадження щодо їхніх громадян повинні проводитися відповідно до звичайних законів і системи правосуддя та їхніми природними (натуральними) суддями»[1287].

Якщо звернутись з цього питання до практики ЄСПЛ щодо застосування статті 6 ЄКПЛ, то можемо бачити, що праву на природній суд, ключовою ознакою якого є справедливість, найбільш дисонують суди «особливої» спеціалізації, зокрема суди державної безпеки та надзвичайного стану або ж військові суди. Так, у справі «Арап Ялґін та інші проти Туреччини» (*Arap Yalgin and Others vs Turkey*) (2001р.) (46.) Суд дійшов

[1287] Международные принципы, касающиеся независимости и подотчётности судей, адвокатов и прокуроров. Практическое руководство № 1. Международная комиссия юристов, 2007. С. 11.

висновку, що у разі, коли до складу колегії суду входять особи, що з погляду виконання своїх службових обов'язків і організації роботи є підлеглими однієї зі сторін процесу, обвинувачені особи можуть мати правомірні сумніви в їхній незалежності. Така ситуація серйозно впливає на довіру, якою суди повинні користуватися в демократичному суспільстві… Крім того, Суд надав великого значення тому факту, що цивільній особі доводиться постати перед судом, що складається, хай навіть частково, із військовослужбовців… (47.) З огляду на вищенаведене, Суд вважає, що заявники, справу яких за обвинуваченнями в спробі підірвати конституційний лад держави розглядає військовий трибунал, можуть мати правомірні підстави для побоювань з приводу того, що їхню справу розглядав суд, до складу якого входило двоє військових суддів і армійський офіцер, підпорядкований командувачеві в умовах воєнного стану. При цьому той факт, що в складі суду було двоє цивільних суддів, чия незалежність і безсторонність не викликає сумнівів, не відіграє тут ніякої ролі…(48.) Отже, побоювання заявника з приводу недостатньої незалежності та безсторонності військового суду можна розглядати як об'єктивно виправдані.

У справі «Ерґін проти Туреччини» (Ergín v. Turkey) (2006 р.) Суд дійшов висновку, що (47.) повноваження військового кримінального правосуддя не мають поширюватися на цивільних осіб, якщо немає вагомих причин для виправдання такої ситуації і якщо тільки воно не здійснюється на чіткій і передбачуваній правовій основі. Наявність таких причин належить обґрунтувати в кожному конкретному випадку. Отже, не достатньо, щоб національне законодавство передбачало передачу певних категорій правопорушень військовим судам in abstracto. (54.) … Суд вважає цілком зрозумілим, що заявник, як цивільна особа, що перебуває під судом, який складається лише з військових офіцерів, за звинуваченням у вчиненні правопорушень, пов'язаних з веденням пропаганди проти військової служби, міг мати побоювання щодо суддів, оскільки ті належали до армії, яку можна було ототожнити зі стороною процесу. Відповідно, заявник міг обґрунтовано побоюватися, що Суд Генерального штабу потрапить під неналежний вплив упереджених думок. Саме тому сумніви заявника щодо незалежності та безсторонності цього суду можна розглядати як об'єктивно виправдані[1288].

Водночас, у справі Бахаеттін Узан проти Туреччини (Bahaettin Uzan v. Turkey) (2007 р.) ЄСПЛ нагадав, що поняття «встановлений законом» охоплює всю організаційну структуру судів, зокрема створення окремих судів та визначення їхньої юрисдикції (див., mutatis mutandis,

[1288] Джеремі Мак Брайд. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. Друге видання. Київ : «К.І.С.», 2019. С. 230–231.

Zand, процит. вище). По суті, порушення судами/трибуналами положень національного законодавства щодо створення судових органів і їхніх повноважень призводить до порушення пункту 1 статті 6 Конвенції.

У своїй прецедентній практиці ЄСПЛ також визнав, що боротьба з корупцією та організованою злочинністю цілком може потребувати заходів, процедур та установ спеціалізованого характеру. Тому Суд установив, що пункт 1 статті 6 Конвенції не може тлумачитись як такий, що забороняє створення спеціальних кримінальних судів, якщо вони мають правове підґрунтя.

Спеціалізований суд для вирішення певних банківських правопорушень було створено шляхом внесення змін до Закону про банківську діяльність № 5020, який становив частину законодавства, прийнятого Парламентом. Тому це мало чітку законодавчу основу. Заявник не оскаржував саме цього, а стверджував, що за відповідним законодавством його справа мала бути передана на розгляд до Першого суду присяжних Стамбула, а не до Восьмого суду присяжних Стамбула, який був «надзвичайним судом», створеним за проханням Міністра юстиції після набрання чинності відповідними законодавчими змінами, що суперечило конституційному принципу «судового розгляду повноважним суддею» («*natural judge*»). ЄСПЛ зауважив, що скарги заявника щодо стверджуваної неконституційності Восьмого суду присяжних були відхилені як цим судом, так і Касаційним судом. ЄСПЛ не вбачив причин для відступу від висновків національних судів, які краще за нього можуть тлумачити й застосовувати національне законодавство та вирішувати питання конституційності. На думку Суду законодавець запропонував компетентним органам влади вибір між такими варіантами: (1) призначення Першого суду присяжних як спеціалізованого суду для таких цілей, (2) вибір іншого суду присяжних для виконання функцій спеціалізованого суду, (3) у разі необхідності створення за пропозицією Міністра юстиції та остаточного рішення Ради нового суду присяжних для таких цілей. Із цього вбачається, що, хоча законодавство не передбачало жодних конкретних критеріїв, які могли б виправдати створення нового суду, використана в цій справі свобода розсуду із забезпечення функціонування Восьмого суду присяжних Стамбула мала під собою однозначну законодавчу основу та не була свавільною дією (п. 52).

ЄСПЛ далі зазначив, що, за інформацією Уряду, яка не оскаржувалася заявником, створення та функціонування Восьмого суду присяжних Стамбула відповідало тлумаченню конституційного принципу «*natural judge*» Конституційним судом, який, як стверджується, дотримується

положень Конвенції. У зв'язку із цим ЄСПЛ зауважив, що Восьмий суд присяжних Стамбула не був «надзвичайним судом», установленим *ad hoc* чи *ad* personam саме для розгляду справи заявника; він, найймовірніше, функціонував як спеціалізована палата в межах існуючої структури судів присяжних Стамбула, який мав юрисдикцію брати на себе всі справи щодо банківських правопорушень в провінції Стамбула, на якого поширювались ті самі норми проваджень, що й на інші суди присяжних, і до якого були призначені судді, які користувалися тими самими гарантіями й пільгами, що й судді всіх судів присяжних (п. 53). Зрештою, ЄСПЛ зазначив, що заявник не стверджував про жодну неправомірну поведінку фактичного складу суду, який розглядав його справу, що було одним з елементів з'ясування того, чи був суд «установлений законом» (п. 54)[1289].

У зв'язку із розглянутим постає досить прикладне питання щодо співвіднесення принципу природного суду із судовою (суддівською) спеціалізацією, яка все більше стає усталеним явищем у багатьох країнах світу, а також рамками такої спеціалізації.

2.2. Актуальні питання судової спеціалізації: міжнародний та зарубіжний досвід

Загальновідомо, що суди загальної юрисдикції мають універсальний характер. Проте інтенсивний розвиток суспільних відносин все більше ускладнює їх правове регулювання, що змушує держави звертатись до окремих форм судової спеціалізації з метою забезпечення оптимального судового захисту. Більш того, принцип судової спеціалізації встановлюється на рівні конституцій окремих державах.

У більшості зарубіжних країн спеціалізація виступає одним із принципів організації судової системи. Вона може відбуватися за галуззю права чи за інститутом, що регулює ті чи інші суспільні відносини (галузева спеціалізація), або за суб'єктами останніх (суб'єктна спеціалізація). Галузева спеціалізація найчастіше реалізується через утворення окремих, інколи ієрархічно побудованих судових установ (ФРН, Франція, Австрія, Іспанія); суб'єктна — через організацію в судових органах певних підрозділів (колегій, палат, відділень), у яких розглядаються справи, де виокремлено правовідносини за участю спеціального суб'єкта, як-то неповнолітніх, військовослужбовців, водокористувачів,

1289

[1289] Справа Bahaettin Uzan v. Turkey (Європейський суд з прав людини) Заява № 30836/07. URL: https://laweuro.com/?p=13081

орендарів, подружжя та ін. (Франція, ФРН, Італія, Канада, Англія) або за змішаною системою[1290].

За даними Європейської комісії з ефективності правосуддя (CEPEJ) судові системи в 48 державах поділяються на системи, де більшість справ розглядаються в судах загальної юрисдикції та системи, де значна частина спорів розглядаються спеціалізованими судами. У 19 державах та утвореннях відсутні спеціалізовані суди першої інстанції (Андорра, Чехія, Грузія, Великобританія — Північна-Ірландія) або спеціалізовані суди першої інстанції нечисленні (Вірменія, Боснія та Герцеговина, Данія, Латвія, Литва, Республіка Молдова, Нідерланди, Норвегія, Польща, Словенія, Румунія, «Колишня югославська Республіка Македонія», Україна, Великобританія — Англія та Уельс, Великобританія — Шотландія). І навпаки, у Хорватії, Франції, Португалії спеціалізовані суди становлять понад 30 % судів першої інстанції, а Бельгії, Мальті чи Монако — близько 50 %.

Спеціалізовані суди першої інстанції розглядають різні справи. У більшості держав та утворень є спеціалізовані адміністративні суди, арбітражні суди та трудові суди. У кількох державах та утвореннях присутні суди, які займаються, наприклад, військовими справами, сімейними справами, справами про примусове виконання кримінальних санкцій, виплати орендної плати. Спеціальні суди існують у Фінляндії (Верховний суд з імпічменту: звинувачення проти міністрів), Іспанії (суд, що займається справами про насильство над жінками), Туреччини (цивільні та кримінальні суди у справах про інтелектуальну власність)[1291].

У цьому контексті постає питання щодо правової природи судової спеціалізації у її співвідношенні із загальною судовою спеціалізацією, а також допустимих меж спеціалізації судової юрисдикцій.

Сьогодні судова спеціалізація набула багатьох різновидів, включаючи заснування спеціалізованих палат у вже існуючих судах або створення окремих спеціалізованих судів. Така тенденція в організації судоустрою поширилась не лише у Європі, але й інших країнах Світу. Вже стало звичним, що спеціалізованим є судді, які працюють з обмеженою сферою права (наприклад, кримінальне право, сімейне право, економічне та фінансове право, право інтелектуальної власності, конкурентне право) або розглядають справи, які стосуються окремих ситуацій, які виникають в особливих сферах (наприклад, пов'язані з соціальним,

[1290] Судова влада : монограф. Харків : Право, 2015. С. 257–258.

[1291] Судебные системы Европы. Эффективность и качество системы правосудия. Исследование ЕКЭП № 23/2016 г. (данные 2014 г.). С. 39.

економічним, сімейним правом). При цьому вкрай важливо чітко встановити допустимі межі судової спеціалізації, які мають убезпечувати суспільство та державу від безпідставних судових утворень особливої спеціалізації.

Як стверджує Е. Є. Сілантьєва, одна з основних проблем, що виникає при з'ясуванні принципу спеціалізації судів, полягає в чіткому розмежуванні предметної юрисдикції між судовими підсистемами. Вона виникає в усіх країнах, де функціонують спеціалізовані суди. При цьому варто виходити з того, що юрисдикція кожної гілки судової влади повинна бути чітко визначена і всі справи певної категорії мають розглядатися лише тим судом, до підвідомчості якого вони віднесені. Для цього необхідно дотримання наведених нижче принципів: 1) предметна юрисдикція — це процесуальний засіб, що забезпечує реалізацію принципу спеціалізації. Кожна судова справа повинна розглядатися тим судом, який спеціалізується на розгляді цієї категорії справ, а значить, має можливість їх розглядати кваліфіковано; 2) за загальним правилом їй належить бути імперативною, щоб виключити можливість зловживати своїми правами недобросовісними сторонами і передавати спір на розгляд до «зручного» суду; 3) один і той самий спір не може розглядатися паралельно в різних судах, інакше за тією самою справою судами двох підсистем можуть виноситися взаємновиключні рішення.

Поділ справ між судами різної юрисдикції відбувається за декількома критеріями: а) за змістом (предметом) правовідносин; б) за їх суб'єктами і в) за комбінованою системою. За першим критерієм, як правило, розрізняють торговельні, податкові, фінансові й соціальні суди; другий (суб'єктивний) застосовується для виділення в окрему підсистему військових і ювенальних судів. Більш поширеною є комбінація цих двох критеріїв — суб'єктного і змістовного, оскільки складність правовідносин і правозастосування не дозволяє чітко розподілити дві вказані групи правових спорів, так би мовити, в «чистому» вигляді[1292].

Незважаючи на велике прогресивне значення інституту судової спеціалізації, правова держава має уникати негативних відхилень у цій сфері та не допускати «особливої» чи «надзвичайної» спеціалізації окремих судів чи суддів.

Якщо звернутись з цього питання до позиції **Консультативної ради європейських суддів** (далі — КРЄС), то ця міжнародна інституція чітко розмежовує природню судову спеціалізацію від особливих (надзвичайних) судів. Такий підхід обумовлюється потенційною небезпекою того,

[1292] Судова влада : моногр. Харків : Право, 2015. С. 264.

що останні не зможуть забезпечити дотримання усіх гарантій, закріплених статтею 6 ЄКПЛ. Також КРЄС неодноразово виражала свої заперечення проти створення таких судів і зауважувала, що в разі існування таких судів, вони мають повністю забезпечувати дотримання усіх гарантій, які покладені і на звичайні суди[1293].

Досліджуючи проблематику захисту прав людини в контексті терористичних загроз, свого часу КРЄС вказала, що універсальною відповіддю європейських держав на вимогу встановлення балансу між антитерористичною безпекою та захистом прав людини була відмова від створення «*tribunaux d'exception*» (особливих судів) як реакції на поточну загрозу, яку несе тероризм. Держави повинні довіряти своїм існуючим судовим інституціям, які мають знаходити зазначений баланс у відповідності з нормами права, які загально застосовуються в демократичних державах, у тому числі міжнародними конвенціями та зокрема ЄКПЛ. Роль судді у справах, які стосуються терористичних актів, не повинна відрізнятися від тієї ролі, яку суддя відіграє стосовно інших правопорушень, та що характер предмета розгляду не виправдовує відмову від звичайних правил, які регулюють компетенцію судів. Тим не менше, важливість проблеми тероризму передбачає, що злочини, які стосуються цієї категорії, повинні розглядатися судами, які мають юрисдикцію для слухання та вирішення справ про найтяжчі злочини, коли така компетенція розподіляється між національними судами. Проте, місцеві обставини або потреби, які мають відношення до безпеки суддів, можуть іноді виправдовувати звернення до спеціалізованих судів, які матимуть компетенцію щодо справ про тероризм, але у будь-якому випадку важливо, щоб ці спеціалізовані суди складалися з ***незалежних суддів*** та ***застосовували звичайні процесуальні правила*** з повним додержанням прав сторони на захист та публічності судового розгляду і щоб справедливість судового процесу була гарантована в усіх справах.

Тим самим, КРЄС рекомендує державам відмовитися від створення «*tribunaux d'exception*» або законодавства, несумісного із загальновизнаними правами, як у контексті адміністративних дій, спрямованих на попередження актів тероризму, так і в контексті кримінального судочинства[1294].

1293

1294

[1293] Opinion №. 15 (2012) of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the specialisation of judges. URL: https://rm.coe.int/ccje-opinion-2012-no-15-on-the-specialisation-of-judges/16809f0078

[1294] Opinion №. 8 (2006) of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on «the role of judges in the protection of

Проведені дослідження та набутий КРЄС досвід у сфері судової спеціалізації дали можливість виробити певні стандарти у цій сфері. Зокрема, закони та правила, які регулюють процедуру призначення, перебування на посаді, підвищення, незмінність та дисципліну судді мають бути однаковими як для спеціалізованих, так і загальних суддів. ***Принцип рівного статусу*** для загальних та спеціалізованих суддів має також поширюватись і на суддівську винагороду. Спеціалізація сама по собі не виправдовує визначення роботи спеціалізованого судді як більш вагомої. При цьому вбачається, що ***домінуючу*** роль у винесенні рішень мають відігравати ***«загальні» судді***. ***Спеціалізовані судді та суди мають існувати тільки за необхідності*** через складність чи особливість закону чи фактів і задля належного адміністрування судочинства. ***Спеціалізовані судді та суди завжди мають залишатися частиною єдиного судового органу***. Спеціалізовані судді, як і «загальні судді», мають відповідати вимогам незалежності та неупередженості відповідно до статті 6 ЄКПЛ, і в принципі, як загальні так спеціалізовані судді повинні мати рівний статус[1295].

Однією із особливостей сучасної судової спеціалізації, на наш погляд, можна виокремити **екстраординарну судову спеціалізацію**, запровадження якої обумовлюється передусім кризовими процесами, які переживає сама судова система. Передусім це обумовлено із делегітимацією судової влади, яка передусім виражається у низькому рівні довіри суспільства до судової системи та суддів.

Судова екстраординарність полягає у тому, що окремій спеціалізації підлягають вже спеціалізовані суди, зокрема, у сфері кримінальної чи адміністративної юрисдикції. Тенденція до запровадження таких судів для ряду держав передусім пов'язується із корумпованістю та неефективністю загальних судів. Фактично, така екстраординарна спеціалізація суду виступає свого роду реанімаційним, антикризовим механізмом для існуючої судової системи.

Зневіра в спроможності загального механізму правосуддя належним чином долати корупцію спонукала багато країн створити спеціалізовані антикорупційні суди. Найбільш поширеним аргументом на користь створення спеціалізованих антикорупційних судів була потреба у

---

the rule of law and human rights in the context of terrorism». URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/rizne/Opinion_8_eng.pdf

1295

[1295] Opinion №. 15 (2012) of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the specialisation of judges. URL: https://rm.coe.int/ccje-opinion-2012-no-15-on-the-specialisation-of-judges/16809f0078

більшій ефективності розгляду справ про корупцію та пов'язана з нею потреба подати сигнал національній та міжнародній спільноті, що країна серйозно ставиться до боротьби з корупцією[1296].

Для прикладу, у Словаччині спеціалізований суд утворювався через побоювання, що злочинні організації зможуть шантажувати чи підкуповувати суддів загальних судів. Закон про створення такого суду був прийнятий у 2003 р., а в 2005 р. цей суд розпочав свою роботу. Основною причиною створення антикорупційного суду було прагнення зруйнувати місцеві зв'язки, що існували між суддями, адвокатами, прокурорами та організованою злочинністю. Антикорупційний суд був сформований із нових суддів, яким запропонували високу суддівську винагороду, особисту охорону, забезпечення їх захисту. Протягом перших років існування антикорупційного суду було досягнуто певних результатів: акумульовано спеціальні знання, розірвано деякі локальні злочинні зв'язки, успішно завершено декілька справ.

Разом із тим діяльність антикорупційного суду викликала невдоволення деяких політиків і суддів звичайних судів, у зв'язку із чим у 2009 р. і внаслідок конституційного оскарження був скасований закон про спеціалізований антикорупційний суд. Зокрема, основними підставами для конституційного подання були: безпекова перевірка для суддів, вимоги які не відповідали принципу незалежності судової влади; зависока зарплата суддів спеціалізованого суду, що було дискримінацією стосовно інших суддів; персональна юрисдикція суду щодо високопосадовців.

Після усунення виявлених законодавчих суперечностей у 2009 р. був ухвалений новий закон і створений новий спеціалізований суд. На сьогодні спеціалізований суд Словаччини складається з 14 суддів, а до складу спеціалізованої прокуратури входить 19 прокурорів. Цей суд розглядає кілька категорій справ: навмисні вбивства, економічні правопорушення, в яких фігурують суми понад 6,6 млн. євро, тяжкі злочини, скоєні злочинною або терористичною групою, та злочини екстремістського характеру[1297].

Проте, така особлива антикорупційна спеціалізація не завжди стає панацеєю проти корупції. В Індонезії, де антикорупційні суди утворювались як противага корумпованим судам загальної юрисдикції, декілька суддів таких судів були звинувачені у корупції. У Філіппінах Верховний

[1296] Метью К. Стівенсон, Софі А. Шютте. Спеціалізовані антикорупційні суди Порівняльна картографія. Вип. U4. Лютий 2017, № 5. С. 26.

[1297] Відбулося експертне обговорення найкращих міжнародних практик створення спеціалізованих антикорупційних судів. URL: http://www.vru.gov.ua/news/2067

суд відсторонив від посади суддю спеціалізованого антикорупційного суду через звинувачення у причетності до корупційних дій[1298].

На думку Метью К. Стівенсона та Софі А. Шютте найбільш значимим питанням щодо зв'язку між антикорупційними судами та звичайною судовою системою стосується місця спеціального суду в ієрархії судів. Зокрема, чи має бути антикорупційний суд окремим органом і чи мають такі судді спеціалізуватися лише на антикорупційних справах? Чи повинен спеціалізований антикорупційний суд мати первісну юрисдикцію (тобто бути судом першої інстанції), апеляційну юрисдикцію або поєднання і того, й другого? А також, який суд повинен мати апеляційну юрисдикцію над рішеннями антикорупційного суду? Країни, де було створено спеціалізовані антикорупційні трибунали, зробили різний вибір у цих питаннях.

По-перше, деякі країни не мають окремих антикорупційних судів або підрозділів, а лише призначають певних суддів для розгляду справ про корупцію (модель «одноосібного судді». За такої організації, що переважає в Бангладеш і Кенії, апеляційні скарги на рішення суддів антикорупційних судів першої інстанції проходять через один або більше звичайних проміжних кіл апеляційного розгляду перед розглядом у Верховному суді країни.

По-друге, для тих країн, які запровадили самостійний спеціалізований антикорупційний суд, найбільш типовим підходом є те, щоб цей спеціальний орган функціонував як суд першої інстанції, а апеляційні скарги з антикорупційного суду надходять одразу до Верховного суду. Суддям спеціального суду часто надають статус, що прирівнюється до статусу суддів проміжного апеляційного суду. Приклади цієї категорії включають Бурунді, Камерун, Хорватію, Непал, Пакистан, Сенегал і Словаччину.

По-третє, деякі країни запровадили змішану систему, де антикорупційний суд може функціонувати і як суд першої інстанції при розгляді певних справ (зазвичай у більш значимих справах), і як апеляційний суд при розгляді інших справ. Двома яскравими прикладами в цій категорії є Філіппіни та Уганда. На Філіппінах суд (*Sandiganbayan*) має виключну первісну юрисдикцію над правопорушеннями, пов'язаними з корупцією, скоєними високопосадовцями; коли такі правопорушення скоюють чиновники нижчого рівня, регіональні місцеві суди мають первісну юрисдикцію, а суд *Sandiganbayan* має апеляційну юрисдикцію. Система Уганди подібна в тому, що антикорупційний підрозділ (АКП)

1298

[1298] Слюсар Андрій. Антикорупційний суд в Україні: передумови утворення та гарантії ефективності. URL: https://ti-ukraine.org/news/2175/

вищого суду зазвичай виступає лише судом першої інстанції в гучних справах; в інших випадках АКП розглядає апеляційні скарги на рішення магістратів.

У Ботсвані всі справи про корупцію розглядаються звичайними судами магістратів, але апеляційні скарги розглядаються в Суді з розгляду справ про корупцію (підрозділі Вищого суду Ботсвани), а не в звичайних апеляційних судах. Рішення Суду з розгляду справ про корупцію можуть бути оскаржені таким самим чином, як і будь-які інші рішення Вищого суду в Ботсвані — в Апеляційному суді, найвищому суді в ієрархії судових органів Ботсвани. Оскільки Суд з розгляду справ про корупцію Ботсвани має лише функції розгляду апеляційних скарг і ніколи не функціонує як суд першої інстанції, його також можна розглядати як окрему категорію: спеціальний апеляційний підрозділ.

Насамкінець, щонайменше чотири країни — Афганістан, Болгарія, Малайзія, Індонезія — створили системи спеціалізованих антикорупційних судів, які включають як суди першої інстанції, так і апеляційні суди. Тобто в цих повних паралельних системах є антикорупційні місцеві суди і антикорупційні апеляційні суди для розгляду апеляційних скарг на рішення антикорупційних місцевих судів[1299].

Міжнародний та зарубіжний досвід виокремлює допустимі межі судової спеціалізації з метою забезпечення рівного та справедливого судового захисту. Проте, існують країни, судова влада яких не спромоглася здобути необхідного рівня незалежності, зокрема від корупційних впливів, підкупу, залякування, неправомірного політичного впливу. Для подолання такого кризового стану судової влади держави вимушені вдаватися до екстраординарної судової спеціалізації. Фактично, наявність відокремлених антикорупційних судів (суддів) вказує на те, що інші судді є потенційно залежними, а тому довіряти розгляд певної категорії кримінальних проваджень неможна. Проте, існування такої судової спеціалізації має бути тимчасовим заходом, оскільки всі судді мають бути рівними у своїй незалежності та відповідати належному рівню легітимності.

2.3. Актуальні питання судової спеціалізації в Україні

Згідно ст. 125 Конституції України одним із визначальних принципів судоустрою є спеціалізація. Наразі, ця конституційна засада

[1299] Метью К. Стівенсон, Софі А. Шютте Спеціалізовані антикорупційні суди Порівняльна картографія. Випуск U4 Лютий 2017, № 5. С. 18–19

деталізується у ст. 18 Закону «Про судоустрій і статус суддів» де встановлено, що суди спеціалізуються на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення.

У випадках, визначених законом, а також за рішенням зборів суддів відповідного суду може запроваджуватися *спеціалізація суддів* з розгляду конкретних категорій справ.

На рівні закону, обов'язкова спеціалізація суддів із здійснення *кримінальних проваджень щодо неповнолітніх* запроваджена у місцевих загальних та апеляційних судах.

Таким чином, окрім імперативно визначеної предметно-галузевої спеціалізації судів, також передбачена можливість судів, у рамках їх внутрішньої дискреції, упроваджувати субсидіарну спеціалізацію суддів щодо конкретних категорій справ.

Зміст поняття «конкретна категорія справ», як складової судової спеціалізації, може бути розкритий через застосування Наказу Державної судової адміністрації України від 21.12.2018 № 622 «Про затвердження Загального класифікатора спеціалізацій суддів та категорій справ», яким за кожною судовою спеціалізацією визначено перелік окремих категорій справ з відповідними їм кодами.

[*Для прикладу, у сфері правовідносин пов'язаних із протидією корупції виокремлено такі категорії справ за спеціалізаціями:* ***адміністративного судочинства*** *— застосування санкцій у порядку антикорупційного законодавства (116000000);* ***цивільного судочинства*** *— відшкодування шкоди завданої державі внаслідок корупційного правопорушення (305010700) та завданої фізичній або юридичній особі внаслідок незаконних рішень, дій або бездіяльності суб'єкта, який здійснює заходи щодо запобігання і протидії корупції (305010800);* ***кримінального судочинства*** *— провадження за поданням правоохоронних органів, за клопотанням слідчого, прокурора та інших осіб про передачу арештованого майна в управління Національному агентству України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів (401250100) та скасування такої передачі майна (401260100);* ***адміністративні правопорушення пов'язані з корупцією*** *(у розрізі статей Кодексу України про адміністративні правопорушення) (501100000)*] [1300].

1300

[1300] Про затвердження Загального класифікатора спеціалізацій суддів та категорій справ : Наказ Державної судової адміністрації України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0622750-18#Text

Судова спеціалізація в системі судоустрою Україні запроваджена як по вертикалі, так і по горизонталі її конструкції. Зокрема, окрім місцевих загальних судів (окружних судів), окремо функціонують місцеві (окружні) господарські та місцеві (окружні) адміністративні суди. Водночас апеляційні суди діють як суди апеляційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом, — як суди першої інстанції, з розгляду цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення. Апеляційними судами з розгляду цивільних і кримінальних справ, а також справ про адміністративні правопорушення є апеляційні суди, які утворюються в апеляційних округах. Апеляційними судами з розгляду господарських справ, апеляційними судами з розгляду адміністративних справ є відповідно апеляційні господарські суди та апеляційні адміністративні суди, які утворюються у відповідних апеляційних округах. При цьому у складі апеляційного суду *можуть утворюватися судові палати з розгляду окремих категорій справ*. Рішення про утворення окремої судової палати, її склад, а також про обрання секретаря судової палати приймаються зборами суддів апеляційного суду за пропозицією голови суду.

Розгалуженість судової спеціалізації фокусується у ВП ВС. На наш погляд, окремими вищими спеціалізованими судами, які входять до складу ВС, є КАС, КГС, ККС та КЦС. До складу кожного касаційного суду входять судді відповідної спеціалізації. При цьому у кожному касаційному суді утворюються судові палати з розгляду окремих категорій справ з урахуванням спеціалізації суддів. Кількість та спеціалізація судових палат визначаються рішенням зборів суддів касаційного суду.

Водночас, у 2018 р. в системі судоустрою Україні запроваджено окрему антикорупційну судову спеціалізацію, яка передбачала утворення єдиного на всю державу ВАКС як суду першої та апеляційної інстанції з виключною підсудністю. Вибір моделі такого суду значною мірою був обумовлений зовнішніми впливами. З цього приводу федеральний суддя США Марк Вулф, будучи міжнародним експертом, який активно долучився до антикорупційних реформ в Україні, вказав, що «*ЄС та США заохотили Україну створювати нові установи, наймати нових прокурорів, суддів та інших службовців. І світ спостерігає, чи може це спрацювати, бо якщо це не вдасться в Україні, якщо проблему неможливо буде вирішити у межах країни, потрібен буде міжнародний механізм забезпечення виконання законів, і це створить ще потужніший аргумент створення Міжнародного антикорупційного суду…». І у цьому*

відношенні Україна розглядається як «лабораторія антикорупційних реформ»[1301].

Також, як стверджують Іванна Яна Кузь та Метью К. Стівенсон, антикорупційні активісти проводили активну кампанію за створення сильного антикорупційного суду, заручившись підтримкою міжнародних гравців, як-от Міжнародного валютного фонду (МВФ), Європейського Союзу (ЄС), Світового банку та інших донорів. Ці суб'єкти, хоча спершу й неохоче долучались до створення ВАКС, згодом стали його незамінною рушійною силою. Принциповим було те, що місцеві активісти переконали МВФ зробити створення ВАКС умовою для надання Україні фінансової підтримки на суму $1,9 млрд. Окрім цього, ЄС у Меморандумі про взаєморозуміння з Україною від вересня 2018 року аналогічним чином обумовив надання фінансової допомоги[1302].

Після конституційної реформації 2016 року, у статті 125 Основного Закону з'явилося положення: «Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди». Розвиваючи це конституційне положення, у статті 31 Закону «Про судоустрій і статус суддів» (2016 р.) було установлено, що у системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди як суди першої та апеляційної інстанції з розгляду *окремих категорій справ*. Наразі, вищими спеціалізованими судами законодавець встановив: Вищий суд з питань інтелектуальної власності, Вищий антикорупційний суд, Спеціалізований окружний адміністративний суд, Спеціалізований апеляційний адміністративний суд.

Так, у 2018 р. законодавець ухвалив Закон «Про Вищий антикорупційний суд», яким визначив особливості статусу ВАКС та його суддів у системі судоустрою, а Законом «Про утворення Вищого антикорупційного суду» утворив його відповідно до вимоги про те, що окремі суди утворюються, реорганізовується і ліквідовується законом.

Проте у вітчизняних політичних колах розгорнулася дискусія щодо конституційності цього суду й відповідно суб'єкт права на конституційне подання (49 народних депутатів) у конституційному поданні (№ 04-02/6-339 від 22.07.2020)[1303] поставив під сумнів низку положень

1301 [1301] Міжнародний антикорупційний суд: утопічна концепція чи реальна перспектива? URL: https://www.radiosvoboda.org/a/28583748.html

[1302] Іванна Яна Кузь, Метью К. Стівенсон. Вищий антикорупційний суд України. Інновації для безстороннього правосуддя U4 BRIEF 2020:5. С. 2.

1303 [1303] Конституційне подання (№04-02/6-339 від 22.07.2020) щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону «Про Вищий антикорупційний суд» від 07.06.2018 № 2447-VIII. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/3_349_2020.pdf

Закону «Про Вищий антикорупційний суд» і звернувся до КСУ про визнання вказаного закону неконституційним повністю. У свою чергу, КСУ розпочав судове конституційне провадження щодо цього питання[1304].

Детальне ознайомлення із правовою позицією суб'єкта конституційного подання говорить про те, що ключове питання цього конституційного провадження стосується наявності ознак «особливого суду» (у розумінні ч. 6 ст. 125 Конституції України) у механізмі законодавчого регулювання правового статусу ВАКС.

З метою пошуку об'єктивної відповіді на можливу колізію, необхідним є абстрактне виокремлення головних ознак «особливого» суду. І для розв'язання цієї прикладної проблеми, на нашу думку, доречно передусім посилатись до ідейних основ принципу «природного суду».

Переживши епоху тоталітарного терору, масових репресій і каральної юстиції радянської доби, на теренах сучасної України сформувалося чітке усвідомлення того, який суд недопустимий у демократичному суспільстві та правовій державі. На вітчизняному конституційно-правовому ґрунті концепт «природного суду» передусім знайшов своє відображення саме в конституційних положеннях (ч. 6 ст. 125), як імперативній нормі-забороні щодо утворення надзвичайних чи особливих судів.

Як зазначили з цього питання В. В. Комаров та Н. В. Сібільова, у статті 125 Конституції міститься імперативна норма щодо заборони створення надзвичайних та особливих судів. Причому зміст цих понять ні в Конституції України, ні у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» не розкрито. Застосування ретроспективного інструментарію приводить до висновку про те, що й у законодавстві, й у науці під особливими судами розуміють відокремлені судові установи зі своєю системою інстанцій для розгляду виділених із загального масиву певних категорій справ (як правило, тільки кримінальних). Надзвичайними судами вважають суди, які утворюються одноразово, для розгляду конкретної (як правило, кримінальної) справи на підставі спеціального акту відповідного органу державної влади. Указане значення наведених понять свідчить про те, що навіть закріплення у законі можливості існування таких судів і визначення певного порядку їхнього утворення

[1304] Переглянути відкриту частину пленарного засідання можна на офіційному вебсайті КСУ за посиланням: http://ccu.gov.ua/kategoriya/2020. Разом з тим, з того моменту як КСУ у справі щодо конституційності Закону «Про Вищий антикорупційний суд» перейшов до закритої частини засідання у жовтні 2020 року, остаточного рішення у цій справі станом на 2025 рік так і не ухвалено.

1304

не позбавляє їх статусу особливих чи надзвичайних, оскільки вони за своєю природою суперечать закладеним у Конституції вимогам[1305].

Важкий досвід власного історичного минулого зумовив необхідність на конституційному рівні (ст. 125) установити норму, яка забороняє створення надзвичайних та особливих судів. Це конституційне положення відтворено у коментованій статті Закону. *Надзвичайні суди* — судові органи з особливим правовим статусом (порівняно із загальними судами), які створюються тільки у виняткових випадках, — у разі державного перевороту, революції, дії надзвичайного стану або під час війни тощо. Подекуди надзвичайні суди створюють за відсутності особливого стану за звичайних умов як інструмент соціально-політичного терору (наприклад, у 30-х рр. минулого століття «трійки» НКВС). Надзвичайні суди завжди переслідують каральну мету. Вони не обумовлені завданнями, установленими законом, а також звичайною формою судової процедури або загальними принципами правосуддя, такими як: право на захист або презумпція невинуватості. Зазвичай, розгляд справ у надзвичайному суді має закритий характер терору, а їхні рішення не підлягають ніякому оскарженню.

Особливі суди — судові органи, які утворювалися для прискореного вирішення окремих, особливих для певного періоду категорій справ. В історії України були приклади особливих судів, які діяли за спрощеною процедурою судочинства, а справи розглядалися за відсутності захисту. Потрібно чітко відрізняти «надзвичайні» чи «особливі» суди від спеціалізованих судів. Водночас, за наявності окремої спеціалізації у сфері адміністративних, господарських та кримінальних правовідносин законодавчою новелою стало запровадження «окремої» спеціалізації щодо окремих питань інтелектуальної власності, протидії корупції, а також окремої категорії адміністративних правовідносин у зв'язку із чим утворюються Вищий суд із питань інтелектуальної власності, Вищий антикорупційний суд, Спеціалізований окружний адміністративний суд та Спеціалізований апеляційний адміністративний суд.

Утворення окремих «вищих» судів вочевидь мало б передбачати наявність підпорядкованих їм інстанцій нижчого рівня. Проте, як випливає з положень Закону, вищі спеціалізовані суди утворюються як суди першої інстанції. З огляду на зазначене, видається, що має місце певна дихотомічна некоректність щодо назви новостворених судових установ, а

[1305] Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол. : В. Я.Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків : Право, 2011. С. 873.

також щодо визначення їхнього місця в системі судів України. Відповідно, або статус цих судів мав би бути визначений на рівні місцевих спеціалізованих судових інстанцій, або варто було б скоригувати їхню назву через усунення терміна «вищі». Можливо найприйнятнішим для їхньої характеристики є поняття «особливі спеціалізовані суди». Проте, як відомо, у вітчизняній системі права питання інтелектуальної власності належать до сфери цивільно-правових відносин (книга четверта ЦК України «Право інтелектуальної власності»), а корупційні правопорушення і злочини — до сфери кримінально-правових відносин і протидії злочинності (розд. 17 КК «Злочини у сфері службової діяльності»). Тому виокремлення цих судів в окрему групу невиправдане, оскільки існують усі підстави для включення їх до системи загального судочинства України[1306].

Водночас, постає питання, чи існує якась особлива специфіка судового провадження щодо виділеної категорії справ віднесених до підсудності, зокрема, ВАКС, на відміну від не менш небезпечних для суспільства й держави кримінальних правопорушень, наприклад основ національної безпеки України; проти життя та здоров'я особи; обігу наркотичних засобів чи проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку та ін.? Як нам відомо, не існує. Усе це — провадження судів загальної юрисдикції у сфері кримінально-правових відносин.

Убачається, що на противагу системі загальної юрисдикції з предметно-галузевою судовою спеціалізацією, було запроваджено «екстраординарну» — виключну юрисдикцію. Як видається, впровадження такої «екстраординарної» судової спеціалізації переслідує дещо інші цілі, аніж звичайна судова спеціалізація[1307].

Принцип спеціалізації в організації та діяльності судових органів, передусім спрямований на оптимізацію роботи загальної судової системи, покращення її ефективності. Це повною мірою відповідає поняттю загальної юрисдикції, утворення якої передбачено п. 12 «Перехідних положень» Конституції України. Наразі Конституційним імперативом залишається система судів загальної юрисдикції.

Окремі форми судової спеціалізації, щодо загальної юрисдикції, допустимі як субсидіарні, допоміжні і в жодному разі не повинні підміняти собою загальну судову спеціалізацію. Конституційним імперативом

[1306] Закон «Про судоустрій і статус суддів». Науково-практичний коментар. Київ : Алерта, 2019. С. 21–22.

[1307] Прилуцький С. В. Принцип судової спеціалізації через призму концепту природного суду. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки.* 3(122)/2022. С. 67.

окремої судової спеціалізації, у межах загальної юрисдикції, є лише *адміністративні суди* (ч. 5 ст. 125 Конституції України).

На субсидіарний характер окремої судової спеціалізації, відносно загальної судової юрисдикції, прямо вказують конституційні положення (ч. 4 ст. 125). Зокрема, Основний Закон чітко говорить про диспозитивний, а не імперативний характер вищих спеціалізованих судів: «*Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди*». Конституція України припускає можливість існування «вищих спеціалізованих судів», але не стверджує обов'язковість їхнього існування як наприклад ВС чи адміністративних судів.

Таким чином, згідно принципу природного суду до підсудності судів загальної юрисдикції мають належати всі категорії кримінальних та цивільних справ (загальна юрисдикція), а також справ про адміністративні правопорушення. Очевидно, що підсудність справ за статтями Кримінального кодексу України, які передані до юрисдикції ВАКС, природно належать до юрисдикції загальних судів. Проте згідно зі ст. 33^1 КПК було запроваджено виключну предметну підсудність ВАКС, до якої віднесені кримінальні провадження стосовно корупційних кримінальних правопорушень, передбачених у примітці ст. 45 КК. Зокрема, кримінальні правопорушення передбачені статтями 191 (привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем), 262 (викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем), 308 (викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем), 312 (викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем), 313 (викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням), 320 (порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів), 357 (викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження), 410 (викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної

техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем) у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також кримінальні правопорушення, передбачені статтями 210 (нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням), 354 (підкуп працівника підприємства, установи чи організації), 364 (зловживання владою або службовим становищем), 364^1 (зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми), 365^2 (зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги), 368 (прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою), 368^3 (підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми), 368^4 (підкуп особи, яка надає публічні послуги), 368^5 (незаконне збагачення), 369 (пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі), 369^2 (зловживання впливом) КК, а також статтями 206^2 (протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації), 209 (легалізація (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом), 211 (видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону), 366^2 (декларування недостовірної інформації), 366^3 (неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) КК, якщо наявна хоча б одна з умов, передбачених пунктами 1–3 ч. 5 ст. 216 КПК. Зокрема, якщо хоча б одне з означених вище кримінальних правопорушень вчинено:

– Президентом України, повноваження якого припинено, народним депутатом України, Прем'єр-міністром України, членом КМУ, першим заступником та заступником міністра, членом Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення, Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Антимонопольного комітету України, Головою Державного комітету телебачення і радіомовлення України, Головою Фонду державного майна України, його першим заступником та заступником, членом Центральної виборчої комісії, Головою Національного банку України, його першим заступником та заступником, Головою Національного агентства з питань запобігання корупції, його заступником, Директором БЕБ, його заступником, членом Ради Національного банку України, Секретарем Ради

національної безпеки і оборони України, його першим заступником та заступником, Постійним Представником Президента України в Автономній Республіці Крим, його першим заступником та заступником, радником або помічником Президента України, Голови ВРУ, Прем'єр-міністра України;

– ***державним службовцем***, посада якого належить до категорії «А»;

– ***депутатом*** ВР АРК, депутатом обласної ради, міської ради міст Києва та Севастополя, посадовою особою місцевого самоврядування, посаду якої віднесено до першої та другої категорій посад;

– ***суддею*** (крім суддів ВАКС), суддею КСУ, присяжним (під час виконання ним обов'язків у суді), Головою, заступником Голови, членом, інспектором ВРП, Головою, заступником Голови, членом, інспектором ВККС;

– ***прокурором органів прокуратури*** який обіймає одну з таких посад: Генеральний прокурор, перший заступник Генерального прокурора, заступник Генерального прокурор, керівник підрозділу ОГП, керівник підрозділу Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, заступник керівника підрозділу ОГП, заступник керівника підрозділу САП, прокурор ОГП, прокурор САП, керівник обласної прокуратури, перший заступник керівника обласної прокуратури, заступник керівника обласної прокуратури, керівник підрозділу обласної прокуратури;

– особою вищого начальницького складу державної кримінально-виконавчої служби, органів та підрозділів цивільного захисту, вищого складу НП, посадовою особою митної служби, якій присвоєно спеціальне звання державного радника митної служби III рангу і вище, посадовою особою органів державної податкової служби, якій присвоєно спеціальне звання державного радника податкової служби III рангу і вище;

– ***військовослужбовцем*** вищого офіцерського складу ЗСУ, СБУ, ДПС, Державної спеціальної служби транспорту, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України;

– ***керівником*** суб'єкта великого підприємництва, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків.

Разом з тим ВАКС підсудні кримінальні провадження, якщо розмір предмета кримінального правопорушення, передбаченого статтями 354 (стосовно працівників юридичних осіб публічного права), 368, 369, 369² КК, у п'ятсот і більше разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленого законом на час вчинення кримінального правопорушення, а також предмет

кримінального правопорушення або розмір завданої шкоди у кримінальних правопорушеннях, передбачених статтями 191, 206², 209, 210, 211, 364, 410 КК, у п'ять тисяч і більше разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленого законом на час вчинення кримінального правопорушення (якщо кримінальне правопорушення вчинено службовою особою державного органу, правоохоронного органу, військового формування, органу місцевого самоврядування, суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків);

кримінальне правопорушення, передбачене ст. 369, ч. 1 ст. 369² КК, вчинено щодо службової особи, визначеної у ч.4 ст. 18 КК[1308].

Слідчі судді ВАКС здійснюють судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальних провадженнях щодо кримінальних правопорушень, віднесених до підсудності ВАКС.

Інші суди, визначені КПК, не можуть розглядати кримінальні провадження щодо кримінальних правопорушень, які віднесені до підсудності ВАКС (крім випадку, передбаченого абз. 7 ч. 1 ст. 34 КПК). Тобто, у разі, якщо обвинувачений чи потерпілий є або був суддею чи працівником апарату ВАКС і кримінальне провадження належить до підсудності цього суду, таке кримінальне провадження у першій інстанції здійснює апеляційний суд, юрисдикція якого поширюється на м. Київ, і в такому разі ухвалені судові рішення оскаржують в апеляційному порядку до апеляційного суду, який визначається колегією суддів Касаційного кримінального суду ВС.

Згідно Конституції на судову владу та безпосередньо на суди покладається одне із ключових конституційних завдань — судовий захист прав та свобод особи[1309]. Зокрема, це витікає із: статті 8 «звернення до

[1308] Службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, в органі місцевого самоврядування або автономному утворенні на території держави, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного, місцевого органу або державного, комунального підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), а також члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та судді і посадові особи міжнародних судів.

[1309] Службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної

суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується»; статті 55 «***права і свободи людини і громадянина захищаються судом***»; статті 32 «кожному ***гарантується судовий захист*** права спростовувати недостовірну інформацію...»; статті 125 «з метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди..»; статті 145 «права місцевого самоврядування ***захищаються в судовому порядку***».

Водночас, завданням всіх судів, згідно статті 2 Закону «*Про судоустрій і статус суддів*» (2016 р.) є ***забезпечення кожному права на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод****, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ*».

Проте, згідно ст. 3 Закону «Про Вищий антикорупційний суд» на ВАКС покладено завдання, які відрізняються від завдань загальних судів загальної юрисдикції. Так, у Законі зазначається, що завданням Вищого антикорупційного суду є здійснення правосуддя відповідно до визначених законом засад та процедур судочинства з *метою захисту особи, суспільства та держави від корупційних і пов'язаних із ними кримінальних правопорушень та судового контролю за досудовим розслідуванням цих кримінальних правопорушень, дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, а також вирішення питання про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави у випадках, передбачених законом, у порядку цивільного судочинства*.

Виокремлюючи спеціальні завдання щодо ВАКС, а також визначаючи достатньо автономне положення цього суду у судовій системі України, законодавець інтегрував його із системою антикорупційних органів.

Ще одне, досить дискусійне питання щодо розширення судової спеціалізації, пов'язане із запровадженням у 2025 р. двох окремих вищих спеціалізованих судів адміністративної юрисдикції. Так, згідно змін у

держави, у тому числі присяжні засідателі, в органі місцевого самоврядування або автономному утворенні на території держави, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного, місцевого органу або державного, комунального підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), а також члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та судді і посадові особи міжнародних судів. С. 18.

ст. 31 Закону «Про судоустрій і статус суддів»[1310] передбачено, що у системі судоустрою діють як вищі спеціалізовані суди Спеціалізований окружний адміністративний суд (СОАС) та Спеціалізований апеляційний адміністративний суд (СААС).

До підсудності СОАС як суду першої інстанції законодавець відніс категорії справ, які мають особливе для системи державного управління значення, зокрема:

1) щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності КМУ, міністерства чи іншого центрального органу виконавчої влади, Національного банку України чи іншого суб'єкта владних повноважень, повноваження якого поширюються на всю територію України;

2) за позовом Антимонопольного комітету України у сфері державної допомоги суб'єктам господарювання;

3) щодо здійснення державного регулювання, нагляду і контролю у сфері медіа;

4) щодо скасування реєстрації політичної партії, про заборону політичної партії;

5) щодо оскарження рішень Конкурсної комісії з організації та проведення конкурсу на посаду заступника Генерального прокурора — керівника САП, першого заступника та заступника керівника САП, рішень Комісії з проведення зовнішньої незалежної оцінки (аудиту) ефективності діяльності САП;

6) щодо оскарження рішень Комісії з проведення конкурсу на зайняття посади Директора НАБУ, рішень Комісії з проведення зовнішньої незалежної оцінки (аудиту) ефективності діяльності НАБУ;

7) щодо оскарження рішень Конкурсної комісії з відбору на посаду Голови Національного агентства з питань запобігання корупції;

8) щодо оскарження рішень Конкурсної комісії з відбору на посаду Голови Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів;

9) щодо оскарження рішень Конкурсної комісії з проведення конкурсу на зайняття посади Директора БЕБ;

10) щодо оскарження рішень Конкурсної комісії з проведення конкурсу на зайняття посади керівника центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику;

[1310] Закон: Про внесення змін до Закону «Про судоустрій і статус суддів» та деяких інших законодавчих актів України щодо правових засад утворення та функціонування Спеціалізованого окружного адміністративного суду та Спеціалізованого апеляційного адміністративного суду. Голос України від 25.03.2025. № 58.

11) щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності органу, що здійснює дисциплінарне провадження щодо прокурорів.

Водночас, СААС як суд апеляційної інстанції переглядає судові рішення СОАС.

Запровадження таких «окремих вищих спеціалізованих судів» стало наслідком ліквідації у 2022 році Окружного адміністративного суду міста Києва (далі — ОАСК)[1311].

Хочу звернути увагу, що і ліквідація ОАСК і запровадження нових вищих спеціалізованих судів у сфері адміністративних правовідносин, значною мірою було обумовлено зарубіжним[1312] та міжнародним впливом[1313].

Хоча, як зазначено у пояснювальній записці до проекту Закону «Про ліквідацію Окружного адміністративного суду міста Києва та утворення Київського міського окружного адміністративного суду» такі зміни продиктовані громадською ініціативою, яка відобразилася в електронній петиції № 22/102742-еп до Президента України «Щодо ліквідації Окружного адміністративного суду м. Києва», а його метою було визначено необхідність забезпечення доступності правосуддя, права громадян на розгляд їх справ незалежним і безстороннім судом та підвищення рівня довіри до судової гілки влади[1314].

Видається, що судова влада та судова система України перебувають в стані «нескінченної» судової реформи. Новими тенденціями судового реформаторства в контексті конституційних змін 2016 р. стало: формальна ліквідація/реорганізація судів шляхом їх перейменувань (ВСУ, ОАСК) з метою подальшого оновленням суддівського корпусу; широке залучення зарубіжних громадян та представників міжнародних організацій до процедур формування та очищення суддівського корпусу; впровадження окремих судів з екстраординарною та особливою предметною судовою спеціалізацією (ВАКС, СОАС та СААС); поступове

1312

1313

1314

[1311] Про ліквідацію Окружного адміністративного суду міста Києва та утворення Київського міського окружного адміністративного суду : Закон. Голос України від 14.12.2022. № 254.

[1312] URL: https://forbes.ua/money/vovchiy-bilet-sanktsii-ssha-zmusili-ukrainu-likviduvati-skandalniy-okruzhniy-adminsud-chomu-sudova-reforma-popri-vimogi-es-tak-vazhko-yde-14122022-10485

[1313] План для Ukraine Facility. URL: https://www.ukrainefacility.me.gov.ua/wp-content/uploads/2024/03/plan-ukraine-facility.pdf

[1314] Картка Проекту Закону про ліквідацію Окружного адміністративного суду міста Києва та утворення Київського міського окружного адміністративного суду. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/26276

розширення впливу міжнародних судових юрисдикцій на правову систему України.

Разом з тим виникають занепокоєння щодо розмивання конституційних основ суверенності Українського народу в питаннях організації державної влади. За існуючих умов повномасштабної війни та євроінтеграції, вкрай важливо для України досягнути розумного балансу у дотриманні національного суверенітету та конституційної законності з одного боку, та зовнішніми впливами міжнародних та зарубіжних суб'єктів.

Проте, складно заперечити й твердженню **Антона Гофрейтера,** Голови Комітету з питань Європейського Союзу Бундестагу (Німеччина), який вважає найкращий аргумент для підтримки швидкого вступу України до ЄС — високі стандарти демократії, верховенства права та ефективної боротьби із корупцією. Участь незалежних міжнародних експертів у судовій реформі є потрібною на перехідний період. Країни — члени ЄС добровільно передають частину суверенітету заради спільних правил і спроможності діяти разом. Водночас із утвердженням справжнього верховенства права держава стає більш суверенною[1315].

За результатами проведеного дослідження можна зробити певні узагальнення та висновки.

Висновки. Правова система України проходить складні й динамічні процеси свого перетворення. Передусім відбувається складний процес трансформації Українського народу, як суверену державної влади, цілісність якого порушена починаючи з 2014 р. Водночас, запит на формування цілісної політичної нації продиктований протистоянням повномасштабній воєнній агресії, яка має на меті знищити наш народ та поглинути українську державність. З іншого боку Україна стрімко інтегрується до європейського правового простору та системи колективної безпеки, що також обумовлюється необхідністю поступу суверенністю.

Теоретичні та нормативні основи, які становлять базу вітчизняної судової влади та системи правосуддя несуть концептуальні прогалини й неузгодженості. Анахронізмом на шляху становлення новітньої держави та її правової системи є так звані пережитки пострадянської юридичної доктрини, в якій зберігаються у закостенілій формі визначальні категорії судового права, зокрема — «суд», «правосуддя» та «судова влада», що суттєво обмежує можливості забезпечити ефективне правове регулювання відносин, пов'язаних зі здійсненням правосуддя в державі.

1315

[1315] URL: https://hcj.gov.ua/news/oksana-kvasha-vzyala-uchast-u-dyskusiyi-shchodo-uchasti-mizhnarodnyh-ekspertiv-u-konkursnyh

Безперечним є те, що модернізація правової системи України, зокрема, й у питаннях організації судової влади, потребує оновленого наукового бачення адаптованого до західноєвропейської філософії права.

Зміст термінології Основного Закону України потребує оновлення у відповідності до їх сучасного розуміння. Зокрема, критичної переоцінки заслуговують положення ст. 124 Конституції в частині імперативів: «правосуддя в Україні здійснюють виключно суди», а також «делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються».

Конституційне оновлення в частині правосуддя також потребує підготовки до визнання Україною юрисдикції Суду ЄС, а також узгодженості щодо створення Спеціального трибуналу щодо злочину агресії проти України.

Конституційно-правове утвердження *принципу природного суду* є фундаментальним надбанням цивілізованого людства, який покликаний захистити людину, її права та свободи від свавілля та використання судів як інструменту терору й неправомірного переслідування особи.

Правові основи організації державної влади потребують від України дотримання засадничих гарантій єдності й цілісності судової влади. Така єдність судової влади має забезпечуватися єдиною метою й завданнями, які покладаються на суди, незалежно від місця в системі судоустрою та юрисдикційної спеціалізації. Держава має уникати утворення судів, які наділяються особливими, відмінними від загальних судів, метою й завданнями, а також суддів, з «особливим» статусом.

Проведений теоретичний аналіз також дає підстави виокремити ознаки «особливого суду» у контексті статті 125 Конституції України, зокрема:

1) Відокремлена судова установа з окремою системою інстанцій для розгляду виділених із загального масиву певних категорій справ (особлива підсудність) чи щодо окремої категорії осіб.

2) Суд, на який покладаються особливі, відмінні від інших загальних судів, мета й завдання діяльності.

3) Суд, який утворюється для прискореного вирішення окремих, особливих для певного періоду, категорій справ;

4) Суд, в якому судді мають особливий правовий статус (особливі завдання у разі здійснення судочинства; особливі професійні цензи (вимоги, критерії добору); особливий (неординарний) порядок формування суддівського корпусу тощо

Разом з тим, проаналізований міжнародний та зарубіжний досвід вказує на допустимі межі судової спеціалізації з метою забезпечення рівного та справедливого судового захисту. Проте, існують країни,

судова влада яких не спромоглася здобути необхідного рівня незалежності, зокрема через високий рівень корупційного впливу. Для подолання такого кризового стану судової влади такі країни вимушені вдаватися до «екстраординарної» судової спеціалізації. Фактично, наявність відокремлених антикорупційних судів (суддів) вказує на те, що інші судді є потенційно залежними, а тому довіряти розгляд певної категорії кримінальних проваджень їм неможна.

Результати дослідження вказують, що найбільшою проблемою організації вітчизняної судової влади залишається значний дефіцит її легітимності як з боку вітчизняного суспільства так і з боку стратегічних міжнародних партнерів. Стабільно кризовий стан судової влади, змушує Україну вдаватися до екстраординарних юридичних форм і заходів продиктованих під впливом міжнародних організацій (ЄС, Рада Європи, Міжнародний валютний фонд та ін.) та урядів зарубіжних країн (США, Велика Британія, Німеччина, Франція та ін.).

Практика застосування в Україні окремої, «екстраординарної» судової спеціалізація легітимується її «реанімаційним» характером щодо системи правосуддя. Проте, вдаючись до запровадження екстраординарної судової спеціалізації, держава де факто підтвердила свою неспроможність у забезпеченні суспільства справедливим (незалежним) судом.

Проте, впровадження такої судової спеціалізації має бути винятково тимчасовим заходом, оскільки всі судді мають бути рівними у своїй незалежності та відповідати загальній легальності та легітимності.

Розділ 3. СУДОВА ВЛАДА УКРАЇНИ НА ШЛЯХУ ДО ЄВРОСОЮЗУ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРОТИДІЇ ПОЛІТИЧНІЙ КОРУПЦІЇ

Сергій ПРИЛУЦЬКИЙ,
доктор юридичних наук, доцент,
головний спеціаліст відділу нормативно-правової роботи та підготовки проектів консультативних висновків правового управління секретаріату Вищої ради правосуддя

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5275-7836

Ольга СТРЄЛЬЦОВА,
доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри публічного та міжнародного права Юридичного інституту Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0907-2049

Анотація. Метою цього дослідження було вивчення проблеми політичної корупції, а також її руйнівного впливу на незалежність судової влади. Досліджуючи вплив судової практики на запобігання політичній корупції, автори вдаються до огляду «історичних» судових рішень як на національному, так і на міжнародному рівнях.

Автори обґрунтовують ідею про те, що політична корупція несе найбільші ризики дестабілізації національної правової системи та демократичного ладу в державі. Водночас, так само, як незалежна судова влада не може існувати в умовах та під впливом політичної корупції, так і політична корупція не може активно розвиватися в просторі незалежної судової влади.

Ключовими висновками дослідження стало твердження, що подолання впливу корупції на процеси організації судової влади є вирішальною метою на шляху до встановлення незалежної судової влади в державі. Так само, як незалежна судова влада не може існувати в умовах та під впливом політичної корупції, так і політична корупція не може

активно розвиватися в просторі незалежної судової влади. «Незалежна судова влада» та «політична корупція» є антагоністичними явищами одне до одного.

Встановлено, що міжнародні суди в рамках Ради Європи та ЄС виробили ефективну практику та правові позиції щодо дотримання судовою системою держав-членів права Ради Європи та права ЄС. Ця судова практика є окремим джерелом імплементації міжнародних стандартів щодо незалежності судової влади та доступу до правосуддя. Вбачається, що Україна повинна враховувати практику ЄСПЛ та Суду ЄС під час адаптації національного законодавства до права ЄС у сфері судочинства.

Ключові слова: суд, судова влада, правосуддя, джерела права ЄС, Суд справедливості ЄС, інтеграція, установчі договори ЄС, ЄСПЛ, незалежність, політична корупція.

Serhii PRYLUTSKYI, Olha STRIELTSOVA,

THE JUDICIARY IN UKRAINE ON THE ROAD TO THE EUROPEAN UNION: CURRENT ISSUES IN COMBATING POLITICAL CORRUPTION

Summary. The purpose of this study was to study the problem of political corruption, as well as its destructive impact on the independence of the judiciary. Investigating the impact of judicial practice on the prevention of political corruption, the authors resort to a review of «historical» court decisions both at the national and international levels.

The authors substantiate the idea that political corruption carries the greatest risks of destabilizing the national legal system and the democratic system in the state. At the same time, just as an independent judiciary cannot exist in the conditions and under the influence of political corruption, political corruption cannot actively develop in the space of an independent judiciary.

The key conclusions of the study were the proposition that overcoming the effects of corruption on the processes of organizing the judiciary is a decisive goal on the path to establishing an independent judiciary in the state. Just as an independent judiciary cannot exist in the conditions and under the influence of political corruption, political corruption cannot actively develop in the space of an independent judiciary. «Independent judiciary» and «political corruption» are antagonistic phenomena to each other.

It has been found that international courts within the framework of the Council of Europe and the EU have developed effective practice and legal

positions regarding the compliance of the judiciary of member states with the law of the Council of Europe and the law of the EU. This case law is a separate source of implementation of international standards regarding the independence of the judiciary and access to justice. It is seen that Ukraine should take into account the practice of the ECHR and the Court of Justice of the EU when adapting national legislation to EU law in the field of the judiciary.

Key words: court, judiciary, justice, sources of EU law, EU Court of Justice, integration, EU founding treaties, ECHR, independence, political corruption

1. Історичні, політико-правові та міжнародні передумови становлення судової влади незалежної України

За понад три десятиліття від проголошення незалежності України, ще не вдалося повною мірою модернізувати вітчизняну правову систему до рівня високої ефективності. Значною мірою, на нашу думку, це зумовлено роздвоєністю попередньої міжнародної стратегії розвитку нашої держави, геополітичною багатовекторністю, що фактично гальмувало рух уперед. Не менш вирішальною виявилася і суперечність позицій проєвропейської складової українського суспільства з тією, яка продовжувала нести «ностальгічну» історичну пам'ять щодо радянського минулого. Це передусім яскраво проявлялось на результатах виборів під час формування органів державної влади та місцевого самоврядування.

Також дуже глибоко вкоренилася в систему державного управління й корупція, яку цілеспрямовано культивували внутрішні й зовнішні вороги незалежності України, подолання якої стало надважливим завданням у ствердженні національного суверенітету.

Всі ці тенденції прямо чи опосередковано впливали на формування судової влади в Україні; власне ці чинники і стали тим контекстом, у якому відбувався розвиток системи правосуддя з початкових етапів її становлення.

Становлення України як суверенної держави після розпаду СРСР виявилося стратегічно непростою справою. Насправді, на початку 90-х років минулого століття пасіонарного вибуху молодої політичної нації Українського народу не відбулося, оскільки на той момент домінуючою складовою національної ментальності все ще лишалася посттоталітарна радянська спадщина, а політична нація незалежної України тільки почала відроджуватися. Фактично ж розпочався процес економічного,

політичного й історичного відторгнення Україною тієї системи управління, яка вже вмирала, але мала глибоке коріння. Саме тому досить тривалий час наша країна залишалася пострадянською республікою з відповідними традиціями й досвідом минулого.

Разом із тим унікальне геополітичне положення України на перетині між Європою та Азією зумовило прагнення кожного із цих регіонів, в особі ЄС і РФ відповідно, залучити її на орбіту власного впливу. Обрання ж Україною конкретного стратегічного курсу не просто передбачало приєднання до певних (європейських чи євразійських) інтеграційних міждержавних структур, а передусім мало стати чинником обрання однієї з моделей (західної чи східної) державно-правового розвитку із притаманними їй інститутами, принципами, системою світоглядних цінностей тощо. По суті, йшлося про визначення цивілізаційного вектору подальшого розвитку України на довготривалу перспективу.

Певний час Україні вдавалося дотримуватися політики так званого «багатовекторного балансування»: з одного боку, пріоритетним напрямом зовнішньополітичної діяльності проголошувалася європейська інтеграція, а з іншого — Україна брала участь у деяких інтеграційних проектах на території СНД і будувала двосторонні відносини з іншими колишніми республіками Радянського Союзу на основі добросусідства, співробітництва й партнерства. Однією з цілей такого балансування було отримання політичних й економічних преференцій і міжнародної фінансової допомоги. Крім того, Україна стала стратегічним коридором для транзиту енергоносіїв зі Сходу (РФ) до країн ЄС, у тому числі держав Східної Європи, що і визначало тривалий час її положення на «політичній мапі» й водночас впливало на хід реформ, зокрема, і у сфері судової влади[1316].

В результаті подій *Помаранчевої Революції* (2004–2005), й особливо *Революції Гідності* (2013–2014), Україна чітко визначилась з подальшим напрямком свого розвитку. Так, у 2018 р. наша країна остаточно відмовилася від свого міжнародного «нейтралітету» й на конституційному рівні проголосила про «європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського й євроатлантичного курсу»[1317].

[1316] Доступ до правосуддя в умовах сталого розвитку: до 30-річчя незалежності України : Колективна монографія / за заг. ред. Юрія Притики та Ірини Ізарової. Київ : ВД «Дакор», 2021. С. 249–251.

[1317] Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) : Закон від 07.02.2019. № 2680-VIII. *Офіційний вісник України*. 2019. № 18. Ст. 611.

Важливим фактором такого руху держави стало визнання стратегічним курсом реформування системи правосуддя (у напрямі її демократизації й підвищення ефективності) для стабілізації внутрішньої ситуації в Україні й запобігання ймовірним соціальним кризам у майбутньому[1318].

Масштабне оновлення положень Основного Закону України у 2016 р. мало на меті формування конституційних засад для демократизації суспільно-політичного життя в Україні, наближення національної політико-правової системи до європейських цінностей і принципів, удосконалення внутрішньодержавної законодавчої бази. Це ті зміни, які вже тривалий час стояли на порядку денному в контексті проведення конституційної реформи в Україні. Проте це також і ті конституційні перетворення, на проведенні яких наполягав Європейський Союз, розглядаючи їх як необхідну умову подальшого розвитку асоціативних відносин із нашою державою й реалізації її євроінтеграційних прагнень.

Відповідний підхід відображено безпосередньо в тексті Угоди про асоціацію між Україною й ЄС[1319]. Так, ст. 3 і 6 Угоди визначають прагнення України й ЄС співпрацювати з метою забезпечення того, щоб їх внутрішня політика ґрунтувалася на спільних для них принципах, зокрема, таких, як стабільність і дієвість демократичних інституцій, верховенство права і повага до прав людини і основоположних свобод, належне урядування, ринкова економіка, збалансований розвиток та ін. Конкретизуючи дані положення, ст. 14 розділу III «Юстиція, свобода та безпека» передбачає, що в рамках співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки Сторони надають особливого значення утвердженню верховенства права й укріпленню інституцій усіх рівнів у сфері управління загалом і правоохоронних і судових органів зокрема. Підкреслюється, що серед іншого, співробітництво Сторін буде спрямоване на зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності і неупередженості, боротьбу з корупцією. Саме подолання корупційних загроз в системі державного управління, є чи не ключовою вимогою ЄС до України.

[1318] Стрєльцова О. В. Конституціоналізація процесу асоціації України з Європейським Союзом: теорія та практика : монографія. Київ : Алерта, 2017. С.10.

[1319] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : від 27 черв. 2014 р. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75, т. 1. Ст. 2125.

Разом з тим 2024 рік став історичним для України у контексті реалізації її євроінтеграційного курсу, адже саме цього року на Першій міжурядовій конференції у Люксембурзі було офіційно відкрито переговорний процес щодо вступу України до ЄС. Для досягнення цієї мети нашою державою було докладено максимальних зусиль. Фактично за 2 роки, з моменту отримання статусу кандидата на членство в ЄС і до початку вступних перемовин, Україна виконала 7 рекомендацій та 4 додаткові законодавчі кроки, визначені Європейською Комісією. У рамках цих критеріїв було ухвалено ряд важливих євроінтеграційних законів та реалізовано низку реформ, які стосувалися всіх сфер життя українського суспільства, й передусім судової реформи і боротьби з корупцією[1320].

Загальний прогрес виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі — Угода про асоціацію) за 2014–2024 роки збільшився з 77% в 2023 р. до 81% в 2024 р., тобто на 4%. У 2024 році прогрес виконання завдань в рамках Угоди про асоціацію становить 70%[1321].

Відповідно до Переговорної рамки, представленої Європейською Комісією 25.06.2024 в Люксембурзі, Україна розробляє комплекс стратегічних документів для виконання ключових євроінтеграційних бенчмарків, які будуть документами політичної згоди щодо продовження реформ з чіткими часовими рамками. Україна вже підготувала проекти дорожніх карт у сферах верховенства права та реформування державного управління, розробка яких визначена ЄС передумовою відкриття Кластеру 1 «Основи процесу вступу до ЄС». Дорожня карта «Верховенство права» визначає ключові напрями реформ у цій сфері, включно з реформою судової системи, боротьбою з корупцією, захистом основоположних прав і свобод, а також питаннями безпеки. Проект синхронізовано з міжнародними зобов'язаннями України та стратегічними документами.

З метою системного виконання рекомендацій, які були надані Європейською Комісією Україні в рамках Пакета розширення ЄС 2023 р., було прийнято розпорядження КМУ від 09.02.2024 № 133-р «Про затвердження плану заходів з виконання рекомендацій Європей-

[1320] Звіт про виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом за 2024 рік. С. 3. URL: https://surl.li/aranak

[1321] Звіт про виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом за 2024 рік. С. 4.

ської Комісії, представлених у Звіті про прогрес України в рамках Пакета розширення Європейського Союзу 2023 року». Єврокомісія відзначила досягнення України із забезпечення принципу доброчесності та відбору на основі заслуг у рамках судової системи, а також зміцнення антикорупційної інституційної основи та нарощування результатів розслідувань у справах про корупцію на високому рівні. Водночас наголошено на важливості збереження цієї позитивної динаміки[1322].

КМУ розпорядженням від 14.05.2025 № 475-р «Деякі питання забезпечення переговорного процесу про вступ України до Європейського Союзу за кластером 1 «Основи процесу вступу до ЄС”»[1323] схвалив *Дорожню карту з питань верховенства права*, яка на сьогодні є всеохоплюючим стратегічним документом, що визначає комплекс реформ у межах переговорного процесу щодо членства України в ЄС за переговорними розділом 23 «Судова влада та основоположні права» та розділом 24 «Юстиція, свобода і безпека».

Цей документ є однією із ключових передумов відкриття офіційних переговорів про вступ України до Європейського Союзу в межах кластера 1 «Основи процесу вступу до ЄС», що відкривається першим і закривається останнім. Його розроблення та подальше виконання свідчать про готовність України відповідати стандартам Європейського Союзу, зміцнюють довіру з боку держав-членів та підсилюють статус України як надійного партнера.

Дорожня карта з питань верховенства права визначає конкретні стратегічні результати, яких прагне досягти Україна, а також основні заходи, спрямовані на їхню реалізацію, із зазначенням чітких строків виконання та відповідальних державних органів.

Безумовно, ефективна судова система та боротьба з корупцією є фундаментальними категоріями в переговорному процесі щодо розширення ЄС. Позитивні досягнення у цих напрямах відкривають державі-кандидату шлях до вступу в ЄС. Саме судова влада (судова система) і боротьба з корупцією, поряд з основоположними правами, виокремлюються в різного роду стратегічних, програмних (зобов’язуючих) документах як основні цінності демократичних держав і Союзу. Україна має значні успіхи в побудові ефективної судової системи і боротьбі з

[1322] Звіт про виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом за 2024 рік. С. 16–17.

[1323] Деякі питання забезпечення переговорного процесу про вступ України до Європейського Союзу за кластером 1 «Основи процесу вступу до ЄС» : Розпорядження Кабінету Міністрів України. Офіційний вісник України від 27.06.2025, № 49, стаття 3399.

корупцією (за розділом 23 «Судова влада та основоположні права»), що підтверджується національними моніторинговими звітами і звітами європейських партнерів. Проте, залишаються на порядку денному питання виконання деяких рекомендацій, пов'язаних з: оптимізацією мережі судів, системи управління судами та суддівського врядування; удосконаленням процедури навчання а добору суддів; реформуванням системи адвокатури; запровадженням прозорої процедури відбору для всіх членів Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів відповідно до рекомендацій GRECO; функціонуванням системи випадкового розподілу справ між прокурорами; оцінюванням прокурорів із залученням органів управління прокуратури; подальшим розвитком спроможності антикорупційної інфраструктури та відповідності її роботи міжнародним стандартам; оптимізацією розслідування корупційних кримінальних правопорушень та кримінальних правопорушень, пов'язаних із корупцією; створенням умов для економічно ефективного й корупційно невразливого управління арештованими активами шляхом перезавантаження АРМА; продовженням узгодження законодавства з нормами Конвенції ОЕСР про боротьбу з хабарництвом та рекомендаціями Ради ОЕСР, включаючи реформу корпоративної відповідальності, та ін. Виконання вказаних рекомендацій відображатиме стан імплементації законодавства ЄС у розглядуваних сферах у національну правову систему[1324].

Вітчизняне суспільство у свою чергу також сигналізує про те, що корупція стабільно належить до трьох основних проблем судової влади. Українці вважають корупцію найбільшою проблемою після війни. За результатами опитування Київського міжнародного інституту соціології для Консультативної місії ЄС, 68% українців вважають, що аби домогтися правосуддя, потрібно дати хабар[1325].

Водночас у Європейському парламенті 09.09.2025 відбулися дебати, присвячені питанням інтеграції України до ЄС. Депутати та представники Європейської комісії підкреслили незмінну підтримку України на євроінтеграційному шляху, наголосивши водночас на необхідності продовження антикорупційних реформ та дотримання принципів незалежності ключових державних інституцій.

1324

[1324] Інформаційна довідка щодо переговорного розділу 23 «Судова влада та основоположні права» (у контексті ефективності судової системи та боротьби з корупцією). URL: https://research.rada.gov.ua/uploads/documents/33514.pdf

1325

[1325] Тіньовий звіт до розділу 23 «Правосуддя та фундаментальні права» Звіту Європейської комісії щодо України у 2023 році. URL: https://euneighbourseast.eu/wp-content/uploads/2024/09/ali_shadowreport_chapter23.pdf

Під час обговорення доповідач по Україні, німецький євродепутат Міхаель Ґалер, звернув увагу на нещодавні спроби української влади обмежити незалежність НАБУ та САП[1326]. Він підкреслив, що ці дії викликали значне занепокоєння у європейських партнерів України.

Ґалер також відзначив реакцію громадянського суспільства, яке, попри воєнний стан, масово вийшло на вулиці для захисту незалежності антикорупційних органів. За його словами, це свідчить про готовність українців відстоювати принципи верховенства права.

Єврокомісарка з питань розширення Марта Кос повідомила, що Україна вже виконала умови для відкриття першого переговорного кластера в рамках вступу до ЄС. Водночас вона закликала уряд не допускати відступу у сфері незалежності антикорупційних органів, адже процес євроінтеграції означає не лише виконання формальних вимог, а й глибоку трансформацію держави та суспільства[1327].

Таким чином, захист державного суверенітету України від зовнішніх та внутрішніх загроз, а також повноправне входження нашої країни до ЄС ставить перед нами низку завдань. Однією із таких фундаментальних задач є подолання корупції, яка глибоко засіла в нашій державі та руйнує її із середини. На цьому шляху Україна має очистити й оновити свою судову владу в особі її суддівського корпусу до рівня інституційної незалежності та функціональної спроможності. Як видається, ці завдання є взаємопов'язані.

В рамках даного розділу передбачається зосередити дослідницьку увагу на таких об'єктах як *незалежність суддів* (судової влади), *політична корупція* та *революційність* [*історичність*] *судового рішення*. Метою даного дослідження є з'ясування взаємозалежності та взаємовпливу, який справляють дані правові явища на основі національної державності та входження до європейського правового простору.

Подолання впливу корупції, й зокрема політичної, є, на нашу думку, визначальним маяком на шляху ствердження незалежної судової влади в Україні.

[1326] Законопроєкт № 12414 став Законом №4555-IX, який стосувався повноважень НАБУ та САП, але спочатку був ініційований для спрощення розслідування справ щодо зниклих безвісти. Незважаючи на першу мету, під час другого читання до нього були внесені зміни, що поставили НАБУ і САП у залежність від Офісу Генпрокурора. Цей законопроєкт викликав широкі протести та критику з боку міжнародних партнерів, але був ухвалений Верховною Радою та підписаний Президентом у липні 2025 року.

1327

[1327] Савицький І. Європарламент застеріг Україну від тиску на антикорупційні органи та наголосив на важливості реформ. URL: https://resonance.ua/ievroparlament-zasterig-ukrainu-vid-t/

2. Політична корупції як ключова загроза незалежності судової влади

В рамках вітчизняної науки під політичною корупцією розуміється неформальний інститут, який зумовлює неправомірне використання суб'єктами політичних процесів владних ресурсів у поза суспільних інтересах[1328].

При цьому, як слушно зазначає професор М. Мельник, будь-які корупційні діяння, вчинені представниками державної влади (місцевого самоврядування), мають політичний зміст і можуть вважатися політичною корупцією, яка обумовлюється: статусом суб'єкта, спрямованістю його протиправної діяльності та характером її наслідків.

До *суб'єктів політичної корупції* за статусом можуть бути віднесені ті особи, які безпосередньо причетні до вироблення та організації здійснення державної політики в різних сферах і на різних рівнях.

Політична корупція спрямована на зловживання владою в політичних цілях, зокрема: отримання влади, її утримання, зміцнення або збільшення (розширення повноважень).

Фактично йдеться про незаконне заволодіння державною владою, її захоплення через призначення на політичні та державні посади «своїх» людей, вибудовування системи влади не на демократичних і правових принципах, а на засадах особистої відданості та політичної належності. У результаті, створюється ситуація, за якої політичні та державні інститути, формально зберігаючи свій суспільний статус, фактично експлуатуються в інтересах окремих осіб чи певних політичних сил.

Якщо певні суб'єкти влади в корупційний спосіб привласнюють не делеговані їм владні повноваження, беруть на себе ту частину влади, яка їм природно належати не може, концентрують у себе державну владу, порушуючи правовий принцип поділу влади, то вони фактично здійснюють узурпацію влади[1329].

Нажаль, сучасна історія Україна має негативний досвід впливу політичної корупції, зокрема й у сферу організації судової влади. Заполітизованість та колуарність цього процесу створили свого часу передумови для посилення впливу політичної корупції на формування суддівського

[1328] Кушнарьов І. В. Політична корупція: порівняльно-політологічна концептуалізація : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України ; Видавництво «Юридична думка», 2018. С. 349.

[1329] Мельник М. Політична корупція: сутність, чинники, засоби протидії // Національна безпека і оборона, № 7, 2009, С. 67–72.

корпусу, як наслідок, фатальної дестабілізації судової системи та її залежність від правлячої влади, яка спромоглася узурпувати державну владу.

Без сумніву політична корупція прагне втягнути на свою орбіту та взяти під контрольований вплив якомога більше суддів, особливо найвищих інстанцій або особливої судової спеціалізації, як от адміністративної, перетворюючи їх на «своїх суддів», а фактично в заручників. Такі судді потенційно стають залежними від політичного покровительства чи шантажу, і як наслідок, перетворюються на співучасників корупційних схем корупційних схем при ухваленні політично доцільних рішень.

При цьому, як справедливе стверджує Дієго Гарсія-Саян, корупція підриває основу здійснення правосуддя, створюючи суттєву перешкоду для права на неупереджений суд і серйозно підриваючи довіру населення до судової влади. Корупція має різноманітні обличчя, хабарництво — лише одне з них, а інше — політична корупція, набагато більш недосяжна та нечітка. Її широкий спектр дії дозволяє впливати не лише на судову систему, а й на всі сектори державного управління[1330].

Корупційні методи збереження влади включають шахрайське маніпулювання та ослаблення інститутів з метою створення безкарності для тих, хто перебуває при владі. «Підкуп» посадових осіб різних інститутів нагляду та контролю, таких як суди, генеральні аудитори, члени антикорупційних агентств тощо, є широко використовуваним інструментом політичної корупції.

Таке вибіркове або цілеспрямоване розподілення ресурсів перетворює політичних діячів на активних хабарників. Ініціатива виходить від власників влади, і збереження своїх владних позицій явно відповідає їхнім особистим інтересам (індивідуальній та груповій вигоді). Крім того, так само як корупційне використання коштів відрізняє політичну корупцію, спрямовану на збереження влади, від інших форм зловживання державною владою, корупційні методи збереження влади відрізняють її від демократичного розподілу пільг (і тягарів), оскільки рішення приймаються небагатьма і на користь небагатьох[1331].

Часто суб'єкти політичної корупції вдаються до різноманітних інструментів маніпулювання громадською свідомістю через контрольовані

1330

[1330] Corruption, Human Rights, and Judicial Independence. URL: https://www.unodc.org/dohadeclaration/en/news/2018/04/corruption--human-rights--and-judicial-independence.html

[1331] Political Corruption in Africa. Extraction and Power Preservation. Monograph Book. 2019. P. 17.

ЗМІ, з метою дискредитування судових та антикорупційних органів, які не піддаються політичному тиску чи підкупу. Гучні публічні звинувачення в неефективності судової системи, один зі способів послаблення судової влади.

Як слушно зазначили з цього питання А. Айдін-Какір та Е. І. Акарчай уряди, які стикаються з корупційними скандалами, часто вдаються до стратегії перекладання вини, прагнучи відвернути увагу громадськості від звинувачень.

Однак ці нападки можуть мати тривалі наслідки, поступово послаблюючи судову владу та легітимність. На цьому критичному етапі ЗМІ відіграють ключову роль як основний посередник між громадськістю та урядом. Формуючи громадське сприйняття, висвітлення у ЗМІ може посилювати або пом'якшувати негативний вплив словесних нападок на судову владу[1332].

Ще один інструмент політичної корупції, до якого часто вдаються, з метою послаблення системи правосуддя — це безсистемні та перманентні зміни законодавства, яке регламентує організацію судової системи, статус суддів, правові гарантії їх недоторканості та незмінюваності, фінансування судової системи та оплати праці суддів й працівників судової системи тощо.

Вбачається, що правлячі політичні сили, які отримали мандат довіри від виборця на реалізацію відповідних законодавчих реформ у сфері правосуддя, мають невідступно їх дотримуватись, без права виходу за межі таких передвиборних програм. Межі реформування судової влади мають бути чітко регламентовані, з метою недопущення політичних маніпуляцій у сфері судоустрою.

За такого протистояння судова влада або активно протистоїть неправомірному втручанню в її незалежність, або стає складовою «системи політичної корупції», обслуговуючи її інтереси.

В даному контексті КРЄС у своєму Висновку № 21 (2018) «*Запобігання корупції серед суддів*»[1333] слушно зазначила, що корупція серед суддів є однією з головних загроз суспільству та функціонуванню демократичної держави. Вона підриває суддівську доброчесність, яка є основоположним принципом верховенства права та основною цінністю РЄ.

[1332] A. Aydin-Cakir and E.˙ I. Akarçay. When do governments attack the judiciary? The explanatory power of political corruption International Review of Law & Economics 82 (2025). P. 10.

[1333] Документи Консультативної ради європейських суддів. Київ. Видавничий Дім «Ратіо Деціденді», 2020. С. 868–888.

Суддівська доброчесність — найважливіша передумова ефективних, дієвих та неупереджених національних систем правосуддя. Вона тісно пов'язана з концепцію незалежності суддів: остання забезпечує доброчесність, а доброчесність посилює незалежність.

При цьому КРЄС слушно акцентує увагу на тому, що кожного разу, коли існує тривалий структурний дисбаланс/порушення між трьома гілками державної влади, та де система стримування та противаг є слабкою або ігнорується, існує серйозна загроза незалежності, неупередженості та доброчесності судової системи.

Разом з тим ефективне запобігання корупції в судовій системі значною мірою залежить від політичної волі у відповідній країні, щоб справді та щиро забезпечити інституційні, інфраструктурні та інші організаційні гарантії незалежного, прозорого та неупередженого суду. Держава повинна впроваджувати необхідні, законодавчі та нормативні основи для запобігання корупції в рамках своєї конкретної судової системи. Вона також повинна вживати всіх необхідних заходів, задля гарантування та сприяння культурі суддівської доброчесності, культурі нетерпимості до корупції на всіх рівнях судоустрою, включаючи працівників судів, і в той же час культуру поваги до специфічної ролі судової влади.

На наш погляд, політична корупції несе найбільшу загрозу для верховенства прав та ствердження незалежності суду у будь-якій країні.

3. «Судова влада vs. політична корупція»: національний та міжнародний досвід

Одним із шляхів у протидії політичній корупції — є утвердження незалежного, компетентного та неупередженого суду. Такий суд — головний засіб і головна гарантія демократичного розвитку суспільств та утвердження правової держави. Водночас він є надзвичайно дієвим та ефективним антикорупційним інструментом, оскільки спроможний у правовий спосіб виправити будь-яке політичне збочення, припинити конкретний прояв політичної корупції і поновити правопорядок у політичній сфері[1334].

Саме на суддях лежить тягар забезпечення та утвердження ідеалів верховенства права. При цьому їм доводиться зіштовхнутися з різними викликами та загрозами.

[1334] Мельник М. Політична корупція: сутність, чинники, засоби протидії // Національна безпека і оборона, № 7, 2009. С. 72.

Як справедливо зазначає професор Ганс Петтер Ґравер: «Інституційна організація судової влади не є достатньою, щоб забезпечити верховенство права. Досвід свідчить, що верховенство права вимагає присутності людей, які вміють, здатні і бажають його захищати, коли це необхідно.

Верховенство права — привабливий ідеал. Однак воно втрачає свою популярність, коли заважає начебто необхідній політиці досягти важливих цілей, як то: знешкодити комунізм чи ісламський тероризм, захистити добробут соціально орієнтованої держави чи вберегти національні цінності. У таких випадках дуже легко мобілізувати необхідну підтримку, аби обійти верховенство права.

Саме в таких випадках верховенство права потребує *героїв*, спроможних його захистити, його ідеалів, які опинилися під загрозою зникнення, бо влада чи соціальні маси вдаються до незаконних заходів.

На суддів покладено обов'язок захищати верховенство права в останній інстанції. І саме судді мають визначити, чи ґрунтуються вжиті владою заходи на законі та чи ухвалені в межах закону їхні рішення. Суди є незалежними від законодавчої та виконавчої влади й саме через це судді *не повинні* виявляти їм відданості.

Дослідження діяльності суддів розкриває сутність взаємозв'язку між владою, законом та мораллю. Громадянська мужність та бажання відстоювати верховенство права дуже важливі на всіх державних посадах, але робота суддів вимагає більшого.

І закон, і мораль вимагають від суддів сформувати бар'єр, щоб протистояти вимогам чи то уряду, чи то громадян порушувати закон.

Однак в історії є багато інших випадків, що свідчать про протилежне. Коли вимоги стосуються соціальних процесів, судді згинаються. В інших випадках закон може опинитися в значному протиріччі із засадничими моральними цінностями. Чого ми чекаємо від суддів, коли закон є суцільним злом? Чи мусять вони, незважаючи на це, все одно дотримуватися його? Суддям властиво позиціонувати себе поборниками верховенства права і його захисниками, втім, коли їм доводиться обирати між законом та ідеалами справедливості, вони чомусь, як правило, обирають закон, навіть якщо він абсолютно не справедливий»[1335].

Якщо говорити в історичному контексті, то варто зосередити увагу на судових рішеннях та особистостях суддів, які змінили та змінюють хід історії. Саме в цьому аспекті слушно говорити про «*революційність*

[1335] Ганс Петтер Ґравер. Герої в суддівській мантії: добросовісне (чесне) суддівство в умовах аморальних законів / пер. з норв. Миколи Фетісова, пер. з англ. Ірини Черненко. Київ. Вид-во ТОВ «Компанія ВАІТЕ». С. 36–37.

(історичність) судового рішення», яке може бути наповнено як позитивним так і негативним змістом.

У позитивному сенсі, «революційне судове рішення» — це рішення, яке всупереч неправовій нормі закону, чи всупереч сталій неправовій традиції втілює верховенство права. Таке рішення фактично здійснює судове анулювання неправової норми, або ж впроваджує, в рамках судової правотворчості, нову норму права в умовах правового вакууму. Здійснюючи так звану судову добудова права.

У негативному ж сенсі, неправове судове рішення стає каталізаторами соціального зламу та може призвести до громадянської непокори, революції, війни.

Новітній історії України відомі обидва варіанти таких судових рішень.

У контексті даної статті наведемо лише три ілюстрації із вітчизняної та міжнародної судової практики, які, на нашу думку, мали визначальний характер у формуванні та ствердженні верховенства права й його ключового елементу — незалежності суду.

Справи, що розглядаються судами загальної юрисдикції, традиційно набагато віддаленіші від політики. Проте і вони нині часто набувають політичного забарвлення. Насамперед це стосується справ, які становлять предмет адміністративної юстиції. Особливо політизованими серед них виявляються справи щодо заборони діяльності об'єднань громадян, дотримання виборчого законодавства тощо. Рішення судів у справах такого роду набувають політичного значення опріч волі їх авторів, помітно впливаючи на політичний процес.

Більше того, суди вимушено втягуються у цей процес у період гострих політичних криз. У такі історичні моменти вони виявляються в епіцентрі політики, стаючи її активними суб'єктами. Саме суди в цих ситуаціях часто вирішують долю країни.

Таку місію змушений був виконувати і Верховний Суд України, ухвалюючи рішення від 03.12.2004 та 20.01.2005 у справах за скаргами довірених осіб кандидатів на пост Президента України В. А. Ющенка та В. Ф. Януковича на бездіяльність, дії та рішення Центральної виборчої комісії[1336].

В період президентської виборчої кампанії 2004 року брудні технології, компромат, підкуп виборців, тиск різноманітних кримінально-

[1336] Козюбра М. І. Право, політика, правосуддя: зарубіжний та вітчизняний досвід взаємовідносин // Наукові записки. Національний університет «Києво-Могилянська Академія». Т. 38 : Юридичні науки / НаУКМА; Редкол. : В. С. Брюховецький та ін. Київ, 2005. С. 5.

олігархічних груп і кланів, силове переслідування, масштабне використання так званого адміністративного ресурсу — все це пускалося вхід заради перемоги певних кандидатів.

У громадянському суспільстві це не могло не викликати негативної реакції. Тому громадянський протест вилився у масові акції протесту, які, як відомо, дістали назву помаранчевої революції[1337].

Таким чином, у 2004–2005 роках, окрім політичних опонентів виборчих перегонів, вступили у відкрите протистояння громадянське суспільство та держава. Порядок і спосіб вирішення цього суспільно-політичного конфлікту мали вирішальне історичне значення для України.

Звичайно, політичні події, що відбувалися в країні, не могли не впливати на перебіг судового розгляду названих скарг. Особливо в складному політичному становищі ВСУ опинився при розгляді першої справи після другого туру голосування 21.11.2004. По суті, на нього було перекладено функцію, яка загалом є прерогативою політичних органів державної влади, — тримати під контролем політичну ситуацію, яка все більше загострювалася і ставала дедалі вибухонебезпечною. У зв'язку з цим ВСУ повинен був шукати шляхи прискорення розгляду справи й ухвалення рішення, дотримуючись при цьому складних юридичних процедур, за своєю природою схильних до неквапливості.

ВСУ також не міг нехтувати політичними наслідками ухвалюваного рішення. Адже одним з основних призначень правосуддя є погашення конфлікту, а не його консервація, тим більше роздмухування.

Нарешті, найголовніше: вирішувати будь-які політичні конфлікти, навіть найгостріші, судді мають виключно правовими засобами, в межах права і через право, блокуючи свої власні політичні симпатії і переконання. Інакше існує небезпека перетворення суду на придаток інших гілок влади, знаряддя виконання замовлень політичної кон'юнктури[1338].

Підсумовуючи аналіз соціально-політичних подій 2004–2005 років, які, змінили як хід вітчизняної історії так і свідомість кожного українця, М. І. Козюбра справедливо зазначив, що ми стали свідками не зовсім звичного для нас прояву справжньої незалежності судової влади та

[1337] Козюбра М. І. Право, політика, правосуддя: зарубіжний та вітчизняний досвід взаємовідносин // Наукові записки. Національний університет «Києво-Могилянська Академія». Т. 38 : Юридичні науки / НаУКМА; Редкол. : В. С. Брюховецький та ін. Київ, 2005. С. 5–6.

[1338] Там само. С. 6

перетворення нею принципу верховенства права з абстракції, якою він сприймався до цього часу, в реальність[1339].

Вбачається, що саме завдяки позиції суддів ВСУ у цих історичних судових справах пов'язаних з виборчим процесом 2004 р. Україні вдалося відтермінувати на одне десятиліття суспільно-політичний злам та війну, в яку вимушено занурилась наша країна у кінці 2013 р.

Другий яскравий приклад історичного судового рішення, яке мало для України революційне значення та стало передумовою для реформування судоустрою України й ствердження стандартів незалежної судової влади, є рішення ЄСПЛ від 09.01.2013 у справі «*Олександр Волков проти України*». У цьому рішенні міжнародна судова інстанція розкрила системні вади заполітизованості механізмів судоустрою та відповідних впливів на незалежність суддів в Україні.

Дане рішення, на моє переконання, чітко ствердило стандарт за яким суддівська незалежність має бути максимально захищена від політичного втручання у тому числі й потенційно корупційного.

ЄСПЛ у своєму рішенні виснував, що для того щоб встановити, чи може суд вважатися «незалежним» у розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції, слід звернути увагу на спосіб призначення його членів і строк їхніх повноважень, існування гарантій проти тиску ззовні та на питання, чи створює орган видимість незалежного.

Також ЄСПЛ неприховано вказав на очевидні конфлікти інтересів та ризики політичної корупції, які випливали із судоустрійного законодавства, яке діяло на момент ухвалення рішення.

Зокрема суд констатував, що згідно зі статтею 19 Закону «Про Вищу раду юстиції» (1998 р.) тільки чотири члени Вищої ради юстиції (далі — ВРЮ) працювали в ній на постійній основі. Інші члени працювали та отримували свою зарплатню поза межами ВРЮ, що неминуче означало їхню матеріальну, ієрархічну та адміністративну залежність від їхніх головних роботодавців та ставило під загрозу як їхню незалежність, так і безсторонність[1340].

Третій приклад, який тісно пов'язаний з міжнародною судовою практикою у протидії політичній корупції та узурпації влади, витікає із діяльності Суду ЄС / Люксембургського Суду Справедливості (далі — Суд ЄС).

[1339] Козюбра М. І. Право, політика, правосуддя: зарубіжний та вітчизняний досвід взаємовідносин // Наукові записки. Національний університет «Києво-Могилянська Академія». Т. 38 : Юридичні науки / НаУКМА; Редкол. : В. С. Брюховецький та ін. Київ, 2005. С. 4

1340

[1340] Справа «Олександр Волков проти України» (Заява № 21722/11). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947#Text

Так, наближення України до членства в ЄС вимагає від нашої країни втілення масштабного плану заходів по гармонізації національного законодавства з правом ЄС, й зокрема, прецедентною практикою Суду ЄС. Вже сьогодні в рамках виконання *Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом* (далі — Угода про асоціацію)[1341] існує зобов'язання сторін (ст.151) дотримуватися базового стандарту в сфері судового захисту, який гарантує кожній особі, яка має або мала інтерес до певного контракту та зазнала або ризикує зазнати шкоди внаслідок заявленого порушення, *право на ефективний, неупереджений судовий захист*.

При цьому процес адаптації національного законодавства (ст.153) має здійснюватися з урахуванням прецедентного права Суду ЄС.

Водночас, згідно ст. 264 Угоди про асоціацію, Україна вже сьогодні несе зобов'язання застосовувати положення цієї Угоди з використанням як джерела тлумачення критеріїв, що випливають із застосування статей Договору про функціонування Європейського Союзу відповідну судову практику Суду ЄС.

Таким чином, відповідно до міжнародних зобов'язань, які взяла на себе Україна, рішення Суду ЄС вже сьогодні є самостійним джерелом судового права для нашої країни.

Разом з тим, згідно ст.19 Договору про Європейський Союз (далі — Договір про ЄС, ДЄС)[1342] в рамках ЄС встановлено вимогу до основ правосуддя щодо країн-членів ЄС. Ця вимога, на перший погляд, має досить загальний характер, та полягає у тому, що члени ЄС повинні надавати *засоби судового захисту*, достатні для того, щоб забезпечити *ефективний правовий захист у сферах, охоплених законодавством Союзу*.

Примітним є те, що положення ст. 151 Угоди про асоціацію та ст. 19 Договору про ЄС між собою достатньо узгоджені, та націлені на гарантування незалежного судового захисту, як ключової складової верховенства права для демократичного суспільства.

Вбачається, що у такий спосіб, на рівні ЄС, закріплено принцип *«ефективного судового захисту»*, який, на наш погляд, тісно пов'язаний з принципом незалежності суду.

За останній час положення щодо *ефективного судового захисту* набуло для ЄС фундаментального виміру, зважаючи на його послідовний розвиток у низці рішень Суду ЄС.

1341

1342

[1341] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

[1342] Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору Про функціонування Європейського Союзу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text

Як відомо, загальним завданням Суду ЄС є забезпечення дотримання права при тлумаченні та імплементації договорів ЄС. Однак це положення саме по собі не є правовою основою в сенсі надання повноважень, що дозволило б Суду ЄС розглядати будь-які позови, для яких у праві ЄС немає окремої правової основи. У той же час, ст. 19 ДЄС покладає не тільки на Суд ЄС, але й на національні суди обов'язок здійснювати судовий нагляд за дотриманням права ЄС. Таким чином ці суди у співпраці з Судом ЄС мають спільно виконувати покладене на них завдання, спрямоване на забезпечення дотримання права при тлумаченні та застосуванні договорів[1343].

Контролюючий вплив Суду ЄС у питаннях формування та втілення спільної політики ЄС щодо національного судоустрою, знайшов своє відображення у цілій низці рішень Суду ЄС, як складової його судового права та судової політики.

В рамках переговорних процедур пов'язаних зі вступом України до ЄС вже сьогодні є актуальною необхідність сприйняття та врахування практики Суду ЄС при формуванні національної політики та її підходів, зокрема, у питаннях побудови незалежної судової влади.

Це обумовлено тим, що ЄС вже має досвід політико-правового протистояння з урядами країн-членів ЄС з питань реформування національного судоустрою та судочинства, які вступили у розріз із стандартом ЄС щодо забезпечення ефективного судового захисту.

Один із яскравих прикладів, який набув значної міжнародної уваги, став спір між ЄС та Польщею, з приводу судової реформи, яку остання провела у 2017 р. Причиною суперечки став очевидний відступ Польщі від стандарту «*судового захисту*, достатнього для того, щоб забезпечити *ефективний правовий захист*» у прийнятих змінах до законодавства у сфері судоустрою. Таким чином, навколо окремих змін щодо організації судової влади Польщі розгорнулось масштабне протистояння як в середині самої країни, так і ключових інституціях ЄС та РЄ.

Все почалось з того, що у 2017 р. Європейська комісія звернулася до Ради ЄС з проханням визначити наявність «явного ризику серйозного порушення верховенства права» Польщею, відповідно до ст. 7 ДЄС. На думку Комісії, судова реформа підпорядкувала суди політичному контролю правлячої більшості, а «відсутність судової незалежності викликала серйозні сумніви щодо ефективного застосування законодавства ЄС». Комісія ЄС надала Польщі рекомендацію щодо дотримання

[1343] Tomášek, M., Šmejkal, V. та ін. Коментар до Договору про функціонування ЄС, Договору про ЄС та Хартії основоположних прав ЄС. Прага : Wolters Kluwer ČR, 2024. С. 1387.

верховенства права, шляхом внесення змін до Закону «Про Національну Раду Юстиції» та Закону «Про систему загальних судів», відновлення незалежності та легітимності Конституційного трибуналу та внесення змін до Закону «Про Верховний Суд» таким чином, щоб знижений вік виходу на пенсію не застосовувався до діючих суддів, скасовуючи дискреційні повноваження Президента щодо продовження терміну повноважень суддів ВС[1344].

У зв'язку з цим Суд ЄС у 2019 р. виніс рішення по справі С-619/18 (Європейська комісія проти Польщі), в якому вказав, що польське законодавство, яким знижено пенсійний вік суддів ВС порушує принцип незмінюваності суддів і незалежності судової влади[1345].

Як слушно зазначив з цього питання професор Джон Морейн, аналізуючи рішення Суду справедливості у вказаній вище справі (619/18, СЄС, 2019), вимога незалежності судів, яку держави-члени повинні забезпечити щодо національних судів, які покликані вирішувати питання, пов'язані з тлумаченням і застосуванням права ЄС, має два аспекти.

Перший аспект (зовнішній) — вимагає, щоб відповідний суд здійснював свої функції повністю автономно, без будь-яких ієрархічних обмежень або підпорядкування будь-якому іншому органу і без отримання наказів або інструкцій з будь-якого джерела. Був захищеним від зовнішнього втручання або тиску, які можуть вплинути на незалежне судження його членів і вплинути на їхні рішення.

Другий аспект (внутрішній) пов'язаний з неупередженістю і спрямований на забезпечення дотримання рівної дистанції між сторонами провадження та їхніми відповідними інтересами щодо предмета цього провадження. Цей аспект вимагає об'єктивності та відсутності будь-якої зацікавленості в результатах провадження, окрім суворого дотримання принципу верховенства права.

Зокрема, свобода суддів від будь-якого зовнішнього втручання або тиску, яка є важливою, вимагає певних гарантій, необхідних для захисту осіб, на яких покладено завдання виносити рішення у спорі, таких як гарантії відсторонення від посади[1346].

[1344] Zalecenie Komisji (UE) 2018/103 z dnia 20 grudnia 2017 r. w sprawie praworządności w Polsce uzupełniające zalecenia (UE) 2016/1374 (UE) 2017/146 i (UE) 2017/1520. Dz.U. L 17 z 23.1.2018, s. 50.

1345

[1345] Opinion of advocate general tanchev Case C-619/18 European Commission vRepublic of Poland. URL: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?

1346

[1346] Питання незалежності та неупередженості суддів у світлі стандартів Європейського Союзу обговорювали під час тренінгу. URL: https://hcj.gov.ua/news/pytannya-nezalezhnosti-ta-neuperedzhenosti-suddiv-u-svitli-standartiv-yevropeyskogo-soyuzu

Суд ЄС майже одночасно із попереднім рішенням, виніс рішення в об'єднаних справах C-585/18, C-624/18 і C-625/18 щодо Національної Ради Юстиції (далі — НРЮ) та ВС, зазначивши, що саме ВС має перевірити незалежність нової Дисциплінарної палати ВС, щоб визначити, чи може вона розглядати спори щодо суддів, і зазначив, що НРЮ, яка вносить президенту рекомендації про призначення судді на посаду, зможе це робити об'єктивно, але лише за умови, що вона є достатньо незалежною від законодавчої та виконавчої влади та від самого президента[1347].

Згодом Суд ЄС у 2020 році зобов'язав Польщу негайно призупинити застосування національних положень щодо юрисдикції Дисциплінарної палати ВС.

Звернення Європейської комісії з вимогою про застосування заходів забезпечення стало наслідком ігнорування правлячою владою Польщі рішень свого ж ВС від 05.12.2019 та 15.01.2020, в яких зазначалося, що «Дисциплінарна палата через обставини її створення, обсяг повноважень, склад та участь у її створенні НРЮ в новому складі, не може вважатися судом ані в розумінні права ЄС, ані польського права».

Варто звернути увагу на тому, що у протистоянні з урядом Польщі ЄС вдався до застосування економічний важіль впливу для забезпечення виконання рішень Суду ЄС з боку Польщі. Зокрема, Суд ЄС у 2022 р. відхилив скаргу Польщі щодо Регламенту ЄС 2020/2092 про загальний режим щодо умов захисту бюджету ЄС, згідно якого Рада ЄС отримала право зменшити або навіть припинити виділення коштів через програми фінансування країн-членів ЄС, якщо з їх боку буде встановлено порушення принципу верховенства права.

У 2021 р. Суд ЄС ухвалив проміжне рішення, яким зобов'язав Польщу негайно призупинити дію національного законодавства, що стосується повноважень Дисциплінарної палати ВС. Оскільки Польща цього не зробила, Суд ЄС наклав на Польщу триваючу штрафну санкцію у розмірі 1 млн. євро на добу за відмову призупинити суперечливі норми судової реформи. Через тривале невиконання даного рішення Суду ЄС, Європейська комісія станом на 27.10.2022 відрахувала з Польщі сім траншів штрафів на загальну суму 267 мільйонів євро.

У 2023 р. Велика Палата Суду ЄС ухвалила рішення C-204/21, яким ствердила позицію про те, що правовий порядок відповідної

[1347] Wyrok w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18 A.K. / Krajowa Rada Sądownictwa oraz CP i DO / Sąd Najwyższy. URL: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/201911/cp190145pl.pdf

держави-члена повинен включати гарантії, здатні запобігти будь-якому ризику політичного контролю за змістом судових рішень або тиску та залякуванню суддів, які можуть, серед іншого, призвести до появи відсутності незалежності або неупередженості з їхнього боку, здатної завдати шкоди довірі, яку правосуддя в демократичному суспільстві, керованому верховенством права, повинно викликати в людей.

У зв'язку з цим Суд нагадав, що основне право на справедливий судовий розгляд означає, зокрема, що коли виникають серйозні сумніви з цього приводу, *кожен суд зобов'язаний перевірити, чи забезпечений він належним складом. Національні суди за різних інших обставин можуть бути зобов'язані переглядати дотримання вищезазначених вимог і такий перегляд може стосуватися, зокрема, того, чи може порушення процедури призначення судді призвести до порушення цього основного права*. За таких обставин той факт, що національний суд виконує завдання, покладені на нього Договорами, і дотримується своїх зобов'язань за цими Договорами, вводячи в дію такі положення, як другий підпункт статті 19 Договору ЄС та стаття 47 Хартії, не може, за визначенням, розглядатися як дисциплінарний проступок без порушення цих положень законодавства ЄС[1348].

Варто зазначити, що 29.02.2024 Європейська комісія вирішила розблокувати для Польщі доступ до 137 млрд євро з різних фондів Євросоюзу, які раніше Польща не могла отримати через питання до судової системи і верховенства права.

06.05.2024 Європейська комісія повідомила, що завершила аналіз ситуації з верховенством права в Польщі і вважає, що більше не існує явного ризику серйозного порушення верховенства права в розумінні статті 7(1) Договору про ЄС[1349].

Коментуючи ситуацію навколо взаємодії між національними судами та Судом ЄС, Джон Морейн зазначає, що суди у країнах Євросоюзу несуть відповідальність за належне впровадження законодавства ЄС на території своєї країни. З огляду на те, що в різних країнах суди по-різному можуть тлумачити закони ЄС і в тому разі, якщо суддя національного суду будь-якої інстанції має сумніви щодо тлумачення чи юридичної

[1348] Огляд практики Суду Європейського Союзу (квітень — липень 2023 року). Київ. 2023. С. 10–11. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/newfolder_for_uploads/supreme/ogliady/Oglyad_SES_04_07_2023.pdf

1349

[1349] URL: https://sud.ua/uk/news/abroad/310505-seym-polshi-otmenil-protivorechivuyu-reformu-konstitutsionnogo-suda-kotoruyu-kritikoval-es

сили закону ЄС, він може, а іноді і повинен, звернутися за порадою до Суду (Суду справедливості)[1350].

Наведені ілюстрації із судової практики національних та міжнародних судів наглядно показують, що суди є активними учасниками політичних процесів, а їх рішення може мати як прогресивний так і регресивний вплив на історичний розвиток не тільки окремих народів/країн, а й далеко за їх межами.

Незалежна позиція судової влади яка базується на верховенстві права, дієвий інструмент у протидії політичній корупції від узурпації державної влади.

Тому, активний захист судами своєї незалежності є вимогою сьогодення. Вбачається, що у сучасних реаліях вимога до суддівської неупередженості та безсторонності не повинна обмежувати можливість суддів бути активними захисниками своєї незалежності, передусім щодо політичних процесів реформування судових систем, статусу суддів, гарантій суддівської незалежності та недоторканості тощо.

У певні історичні моменти коли комунікації судової влади із політичною владою заходить в глухий кут, може виникати потребувати більш радикальних / дієвих форм та способів бути почутим, аніж загальноприйняті. Вбачається, що з метою відстоювання судової незалежності, для того щоб бути почутим, судді мають право на політичний протест. Безумовно, такий протест суддів привертає увагу не лише політичних опонентів, а й широкі верстви як національного суспільства так і зарубіжних / міжнародних суб'єктів політичного життя.

В Україні на рівні закону суддям заборонено брати участь у будь-яких політичних акціях, мітингах, страйках.

Разом з тим, судді багатьох країн Світу (США, Мексика, Франція, Іспанія, Італія, Польща, Словенія, Греції тощо) вже мали досвід політичного протесту та страйку, при відстоювання своєї незалежності.

Вбачається, що суддівська непокора, як політичний протест, може стати окремою формою легальної протидії зловживанню політичним впливом (політичній корупції), а також проявом суддівської активності у відстоюванні незалежності судової влади. Проте, такі заходи можуть бути виправдані лише як крайня форма комунікації із політичною владою та підлягають застосовуванню після вичерпання всіх інших форм переговірної комунікації, а бо ж як негайна реакція на грубе

1350

[1350] Питання незалежності та неупередженості суддів у світлі стандартів Європейського Союзу обговорювали під час тренінгу. URL: https://hcj.gov.ua/news/pytannya-nezalezhnosti-ta-neuperedzhenosti-suddiv-u-svitli-standartiv-yevropeyskogo-soyuzu

порушення незалежності судової влади з боку правлячих сил, які домагаються узурпувати державну владу.

Проте, питання політичного протесту суддів, як засобу протидії політичній корупції, потребує окремої уваги та подальшого наукового дослідження.

Висновки. Ураховуючи викладене, доходимо таких основних висновків.

1. Політична корупція несе в собі найбільші ризики по дестабілізації національної правової системи та демократичного ладу в державі. Якщо на національному рівні найгіршим наслідком політичної корупції є узурпація державної влади, правова анархія та запровадження авторитарного чи тоталітарного режимів, то найгіршими наслідками міжнародної політичної корупції стають міжнародні конфлікти та війни.

2. Подолання корупційних впливів на процеси організації судової влади є визначальною ціллю на шляху ствердження незалежної судової влади в державі. Як незалежна судова влада не може існувати в умовах та під впливом політичної корупції, так і політична корупція не може активно розвиватись в просторі незалежної судової влади. «Незалежна судова влади» та «політична корупція» є антагоністичними один до одного явищами.

Національна та міжнародна судова практика через відповідні «революційні (історичні) рішення» створює взірцеві стандарти верховенства права та судової справедливості.

Міжнародними судами в рамках РЄ та ЄС напрацьована дієва практика та правові позиції щодо відповідності судоустрою країн-членів праву РЄ та праву ЄС. Дана судова практика є окремим джерелом втілення міжнародних стандартів щодо незалежності судової влади та доступності правосуддя. Вбачається, що Україна має враховувати практику ЄСПЛ та Суду ЄС при здійсненні адаптації національного законодавства до права ЄС у сфері судоустрою, зокрема в частині забезпечення права на ефективний та неупереджений судовий захист, недопущення механізмів правового регулювання, які можуть поставити під загрозу політичної корупції незалежність суддів та судової влади.

Водночас, в умовах, коли національна судова влада все ще перебуває у процесі свого формування, викликає певне занепокоєння ймовірність послаблення основ національного суверенітету України в результаті інтегрування до наднаціональних систем судового захисту. Проте, свідомий вибір Україною проєвропейських світоглядних цінностей у формі відповідних стандартів, вимагає від нашої країни послаблення

національної суверенності, з метою «приживлення» наднаціональних інститутів та правових форм.

Перманентне реформування судової системи та правового регулювання статусу суддів може бути вагомим інструментом політичної корупції в частині підпорядкування судової незалежності своєму політичному впливу. «Підвішений» стан суддів через такі безперервні реформи є суттєвим важелем впливу на незалежність судової влади.

Вбачається, що у правовій державі мають бути розумні межі на реформування судової влади. Судова система потребує стабільності (сталості) у своєму розвитку, а також організаційної та інституційної визначеності. Правові реформи мають заздалегідь плануватися, й передусім на суспільний запит, а її результати мають бути прогнозовані та чіткі, легітимовані суспільною підтримкою та визнані самою судовою гілкою влади.

На загальнодержавному рівні має бути сформована Концепція протидії політичній корупції, окремі складові якої мають передбачати нові механізми убезпечення незалежності судової влади від неправомірного впливу політичної корупції.

Розділ 4. КВАЛІФІКАЦІЙНЕ ОЦІНЮВАННЯ СУДДІВ (КАНДИДАТІВ НА ПОСАДУ СУДДІ): У ПОШУКУ ОПТИМАЛЬНИХ ІНСТРУМЕНТІВ ВСТАНОВЛЕННЯ ВІДПОВІДНОСТІ КРИТЕРІЯМ КОМПЕТЕНТНОСТІ, ДОБРОЧЕСНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ЕТИКИ

Руслан МЕЛЬНИК,
кандидат юридичних наук, доцент,
член Вищої кваліфікаційної комісії суддів України

ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9222-8472

Анотація. Досліджено інститут кваліфікаційного оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді) в контексті судової реформи, спрямованої на відновлення довіри до судової влади. Розглянуто еволюцію законодавчого регулювання процедур кваліфікаційного оцінювання: від Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» 2015 року, яким було запроваджено кваліфікаційне оцінювання у рамках конкурсних процедур (кваліфікаційне оцінювання на здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді), а також первинне та повторне кваліфікаційне оцінювання; до конституційних змін 2016 року, які закріпили проведення кваліфікаційного оцінювання суддів на відповідність займаній посаді; та завершуючи Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедур суддівської кар'єри» 2023 яким, зокрема було передбачено затвердження Вищою радою правосуддя Єдиних показників для оцінки доброчесності та професійної етики судді (кандидата на посаду судді), які були покладені в основу нової методології кваліфікаційного оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді). Проаналізовано нормативні акти Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, які регламентують порядок та методологію проведення кваліфікаційного оцінювання, а також визначено суттєві методологічні відмінності, які викликають застереження в контексті реалізації положень п. 20-2 Розділу XII Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо «прирівнювання» успішного проходження кваліфікаційного оцінювання на здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді до успішного проходження кваліфікаційного оцінювання на відповідність

займаній посаді. Наголошено, що кваліфікаційне оцінювання на відповідність судді займаній посаді та на здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді не є тотожними процедурами, оскільки вони мають різне правове регулювання, мету, темпоральний характер та юридичні наслідки. Здійснено аналіз статистичних показників результатів кваліфікаційного оцінювання у межах конкурсів та кваліфікаційного оцінювання на відповідність займаній посаді за період 2016–2025 років. Окрему увагу присвячено змістовному наповненню критерію доброчесності, його трансформації від морально-етичної категорії до юридичного критерію з вимірюваними показниками. Досліджено поняття та складові суддівської етики. Наведено аргументи на користь розмежування критеріїв доброчесності та суддівської (професійної) етики. Проаналізовано позиції Венеційської комісії, Верховного Суду, а також релевантна практика Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Визначені проблемні питання та сформульовані пропозиції, спрямовані на оптимізацію інституту кваліфікаційного оцінювання.

Ключові слова: кваліфікаційне оцінювання судді (кандидата на посаду судді); методологія оцінювання; критерії оцінювання; показники відповідності критеріям; компетентність, доброчесність; суддівська доброчесність; професійна етика; суддівська етика

Ruslan MELNYK,

QUALIFICATION ASSESSMENT OF JUDGES (CANDIDATES FOR THE POSITION OF JUDGE): IN SEARCH OF OPTIMAL TOOLS FOR ESTABLISHING COMPLIANCE WITH THE CRITERIA OF COMPETENCE, INTEGRITY, AND PROFESSIONAL ETHICS

Abstract. The article examines the institution of judicial qualification assessment (for judges and candidates for judicial office) in the context of judicial reform aimed at restoring public trust in the judiciary. The evolution of legislative regulation of qualification assessment procedures is considered: from the 2015 Law of Ukraine "On Ensuring the Right to a Fair Trial", which introduced qualification assessment within competitive procedures (qualification assessment of the ability to administer justice in a respective court), as well as initial and repeated qualification assessment; to the 2016 constitutional amendments that established the assessment of judges' compliance with their office; and culminating in the 2023 Law of Ukraine "On Amendments to the Law of Ukraine 'On the Judiciary and the Status of Judges' and Certain Legislative Acts of Ukraine Regarding the Improvement of Judicial Career

Procedures", which, inter alia, provided for the approval by the High Council of Justice of Unified Indicators for Assessing the Integrity and Professional Ethics of a Judge (judicial candidate), serving as the basis for a new methodology of qualification assessment. The article analyzes regulatory acts of the High Qualification Commission of Judges of Ukraine governing the procedure and methodology of qualification assessment, and identifies significant methodological differences that raise concerns in the context of implementing paragraph 20-2 of Section XII of the Law of Ukraine "On the Judiciary and the Status of Judges" regarding the "equating" of successful qualification assessment of the ability to administer justice in a respective court with successful qualification assessment of compliance with the judicial office. It is emphasized that these procedures are not identical, as they differ in legal regulation, purpose, temporal character, and legal consequences. An analysis of statistical data on the results of qualification assessment within competitive procedures and the assessment of compliance with judicial office for the period 2016–2025 has been carried out. Particular attention is devoted to the substantive content of the integrity criterion, its transformation from a moral-ethical category into a legal criterion with measurable indicators. The concepts and components of judicial ethics are examined. Arguments are provided in favor of distinguishing between the criteria of integrity and judicial (professional) ethics. The article analyzes the positions of the Venice Commission, the Supreme Court, as well as relevant practice of the High Qualification Commission of Judges of Ukraine. Problematic issues are identified, and proposals aimed at optimizing the institution of qualification assessment are formulated.

Key words: judicial qualification assessment; assessment methodology; assessment criteria; compliance indicators; competence; integrity; judicial integrity; professional ethics; judicial ethics.

Після Революції Гідності на тлі втрати довіри до судової влади в громадянському суспільстві виник запит на радикальне оновлення механізмів формування суддівського корпусу, а також впровадження прозорих механізмів перегляду професійної придатності діючих суддів. Відповідні заходи були запропоновані у Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схвалена указом Президента України від 20.05.2015[1351], які серед іншого

[1351] Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схвалена указом Президента України від 20.05.2015 № 276/2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015#Text

1351

передбачали забезпечення функціонування системи кадрового відбору суддів на конкурсній основі за новою системою управління ефективністю кадрів, яка забезпечить оцінювання суддів за однаковими прозорими критеріями. Упровадження системи кваліфікаційного оцінювання та регулярної оцінки суддів, закріплення у законодавстві принципу підвищення професійного рівня суддів як основного критерію для просування судді у професійній кар'єрі.

Законом «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12.02.2015 № 192-VIII, який набрав чинності 28.03.2015, було вперше запроваджено процедуру кваліфікаційного оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді), яке проводиться ВККС і полягає у визначенні професійного рівня судді. Завданням такого оцінювання було визначено: 1) перевірка здатності судді здійснювати правосуддя у суді відповідного рівня; 2) підтвердження професійного рівня судді для обрання на посаду судді безстроково.

Зазначене кваліфікаційне оцінювання мало здійснюватися прозоро на основі об'єктивних критеріїв з урахуванням заслуг, кваліфікації та сумлінності судді, його вмінь та ефективності роботи, якісних і кількісних показників роботи судді.

При цьому його критеріями були визначені: професійна компетентність (знання права, здатність проводити судове засідання та ухвалювати рішення), особиста компетентність (здатність виконувати обсяг роботи, самоорганізованість), соціальна компетентність (урівноваженість, стресова стійкість, комунікативність) та здатність підвищувати свій фаховий рівень і здійснювати правосуддя у суді відповідного рівня.

Також вказаний Закон у пунктах 6 і 7 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» запровадив тимчасові процедури первинного та повторного кваліфікаційного оцінювання суддів з метою прийняття рішень щодо можливості здійснення ними правосуддя, обов'язок забезпечення яких поклав на ВККС.

Законом зокрема було встановлено, що якщо за результатами первинного кваліфікаційного оцінювання можливість здійснення суддею правосуддя у відповідному суді не підтверджена, він відстороняється від здійснення правосуддя та направляється для перепідготовки до НШСУ із подальшим проведенням повторного кваліфікаційного оцінювання. Непідтвердження можливості здійснення правосуддя у відповідному суді за результатами повторного кваліфікаційного оцінювання є підставою для висновку ВККСУ про направлення рекомендації до ВРЮ для

вирішення питання щодо внесення подання про звільнення судді з посади з підстав порушення присяги.

Порядок та методологія кваліфікаційного оцінювання згідно з вимогами статей 83–86 Закону «Про судоустрій та статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII, а також первинного і повторного кваліфікаційне оцінювання суддів відповідно до пунктів 6 і 7 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12.02.2015 № 192-VIII були затверджені рішенням ВККС від 21.10.2015 № 67/зп-15 та погодженні рішенням РСУ від 11.12.2015 №14[1352].

Згідно з Порядком критеріями кваліфікаційного оцінювання судді було визначено: професійну компетентність; особисту компетентність; соціальну компетентність; здатність підвищувати свій фаховий рівень; здатність здійснювати правосуддя у суді відповідного рівня; відповідність судді етичним критеріям; відповідність судді антикорупційним критеріям.

При цьому, відповідність судді етичним критеріям встановлювалася на підставі даних щодо відповідності поведінки судді правилам суддівської етики, чесності, справедливості, неупередженості тощо. А відповідність судді антикорупційним критеріям на підставі даних щодо відповідності витрат і майна судді та членів його сім'ї, а також близьких осіб задекларованим доходам, у тому числі з урахуванням відповідних декларацій, поданих суддею відповідно до законодавства у сфері запобігання корупції, а також відомостей щодо відповідності судді вимогам законодавства у сфері запобігання корупції.

Загальні статистичні дані щодо проведення первинного кваліфікаційного оцінювання суддів:

***381 загальна кількість суддів**, стосовно яких призначено первинне кваліфікаційне оцінювання, з яких: **294 судді (77%)** — підтвердили можливість здійснювати правосуддя у відповідному суді; **23 судді (6%)** — не підтвердили можливість здійснювати правосуддя у відповідному суді; **61 судді (16%)** — припинено проведення первинного кваліфікаційного оцінюванням (звільнення з посади або припинення повноважень судді); **3 судді (менше 1%)** — первинне кваліфікаційне оцінювання не завершено.*

Наведені дані свідчать про те, що процедурою первинного кваліфікаційного оцінювання була охоплена незначна кількість суддів, більшість

[1352] Порядок та методологія кваліфікаційного оцінювання, затверджені рішенням ВККС від 21.10.2015 № 67/зп-15 та погодженні рішенням РСУ від 11.12.2015 № 14. URL: https://vkksu.gov.ua/sites/default/files/poriadok2.pdf

1352

з яких (77%) пройшли її успішно та підтвердили можливість здійснювати правосуддя у відповідному суді, що викликало сумнів у ефективності зазначеної процедури. Водночас, з урахуванням позиції ВСУ та РСУ), які поставили під сумнів конституційність первинного оцінювання, нерелевантність таких результатів, на нашу думку, може свідчити про суттєві недоліки правового регулювання, що в подальшому було враховано і виправлено у Законі «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02.06.2016 № 1401-VIII (далі — Закон № 1401).

Зауважимо, що процедура первинного кваліфікаційного оцінювання суддів за своєю спрямованістю та змістовним наповненням була екстраординарною та мала суттєві відмінності від процедури кваліфікаційного оцінювання, передбаченої статтями 83–88 Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII, яка передусім є однією з процедур суддівської кар'єри, які заохочують суддів до підвищення кваліфікації та професійного розвитку. Впровадження первинного кваліфікаційного оцінювання фактично стало результатом законодавчого пошуку менш радикальної моделі очищення суддівського корпусу, ніж люстраційні процедури та заходи перевірки суддів, передбачені у Законі «Про відновлення довіри до судової системи України».

Так, надаючи оцінку положенням пункту 6 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12.02.2015 № 192-VIII Венеційська комісія й Директорат з прав людини та верховенства права Ради Європи у своєму Спільному висновку 801/2015, ухваленому 20–21.03.2015 на 102-му Пленарному засіданні, зокрема зазначили, що представники органів влади підкреслили майже повну відсутність довіри суспільства до чесності або компетентності судових органів, у цих умовах був вибір між звільненням усіх суддів з посад і запрошенням їх повторно подати свої кандидатури на посади (що не бажано) та їх оцінюванням у спосіб, який пропонується в статті 6 Перехідних положень (п. 72). Якщо ситуація є такою, як описали представники влади, то може бути необхідним і виправданим вжити надзвичайних заходів для виправлення цих недоліків. Такі надзвичайні заходи повинні дійсно спрямовуватися на виявлення окремих суддів, які не відповідають зайнятій посаді судді (п. 73). Однак такий захід, як кваліфікаційне оцінювання, передбачене статтею 6 Перехідних положень, слід розглядати як цілком винятковий і такий, що має підпадати під надзвичайно суворі гарантії захисту тих суддів, які відповідають зайнятій посаді (п. 74). Це питання має більш детально розглядатися в правовому положенні основної частини Закону та вимагає підкріплення в Конституції (п. 78).

Таким чином, незважаючи на те, що процедура первинного кваліфікаційного оцінювання суддів за своєю суттю не була люстраційною, спиралася на нормативно визначені критерії та методологію, розроблену ВККС спільно з РСУ, вона залишалася процедурою, яка суттєво обмежувала гарантії суддівської незалежності, оскільки непідтвердження можливості здійснення правосуддя у відповідному суді розглядалося як підстава для звільнення за порушенням присяги, що наближало її до дисциплінарного провадження, а головне — не мала нормативного закріплення у Конституції України.

Відповідна аргументація була викладена у конституційному поданні ВСУ від 11.10.2015 щодо відповідності Конституції України (конституційності) пунктів 6, 7 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12.02.2015 № 192-VIII, на думку якого зазначені положення Закону суперечили приписам статті 126 Конституції України, а саме частини першої щодо незалежності суддів та пункту 5 частини п'ятої стосовно звільнення судді з посади органом, що його обрав або призначив, у разі порушення суддею присяги.[1353]

30.09.2016 набрав чинності Закон № 1401, яким у Розділі VIII «Правосуддя» змінено редакцію статей 124–131 та доповнено статтями 129^1; 130^1; 131^1; 131^2 Конституції України[1354].

Крім того, згідно з Законом № 1401 доповнено розділ XV «Перехідні положення» Конституції України пунктом 16^1, за підпунктом 4 якого «відповідність займаній посаді судді, якого призначено на посаду строком

[1353] Конституційне подання Верховного Суду України від 11.10.2015 щодо відповідності (конституційності) пунктів 6 і 7 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» у частині відсторонення суддів від здійснення правосуддя та звільнення їх за порушення присяги за результатами оцінювання положенням частини другої статті 19, частини першої пункту 5 частини п'ятої статті 12, пункту 3 частини першої статті 131 Конституції України. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/4_3436.PDF 1353

[1354] У Пояснювальній записці до проекту Закону «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», за результатами розгляду якого було внесено зміни до Конституції України (Закон № 1401) і запроваджено процедуру кваліфікаційного оцінювання суддів на відповідність займаній посаді, зазначено, що проект передбачає «спеціальні механізми оновлення суддівського корпусу, що дасть змогу досягти необхідного балансу між суспільними очікуваннями, з одного боку, та захистом індивідуальних прав, з іншого. Зокрема, за рекомендаціями Венеціанської Комісії та Директорату з прав людини Головного директорату з прав людини та верховенства права Ради Європи, що викладені у Спільному висновку від 23.03.2015 (документ CDL-AD(2015)007), процедура кваліфікаційного оцінювання суддів, запроваджена в рамках Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд», отримає відповідне конституційне закріплення. URL: https://salo.li/4DbFE9C

на п'ять років або обрано суддею безстроково до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», має бути оцінена в порядку, визначеному законом. Виявлення за результатами такого оцінювання невідповідності судді займаній посаді за критеріями компетентності, професійної етики або доброчесності чи відмова судді від такого оцінювання є підставою для звільнення судді з посади. Порядок та вичерпні підстави оскарження рішення про звільнення судді за результатами оцінювання встановлюються законом».

Отже, регламентація кваліфікаційного оцінювання суддів на відповідність займаній посаді саме в Основному Законі України фактично є визнанням та виправленням законодавцем своєї помилки, яка полягала у тому, що винятки з конституційних гарантій, зокрема гарантії суддівської незалежності, можуть бути встановлені виключно у самій Конституції. Водночас це не змінило первісного характеру зазначеної процедури, яка залишилася певним компромісом між бажанням тотально оновити весь суддівський корпус, яке було відлунням революційних настроїв та ґрунтувалося на тезі, що «на сьогодні довіра суспільства до судової системи України втрачена майже повністю, а найбільшої шкоди авторитету судової влади завдали зухвало-неправосудні судові рішення, які приймали судді під час масових акцій громадських протестів у період з 21.11.2013 по 21.02.2014»[1355], та більш поміркованою позицію, яка ґрунтувалася на відповідних рекомендаціях Венеційської комісії.

Зокрема, у Висновку 803/2015 щодо проекту змін до Конституції України в частині правосуддя, затвердженого Конституційною комісією 04.09.2015 (прийнятний Венеційською комісією на її 104-му Пленарному засіданні 23–24.10.2015) вкотре зазначено, що може бути необхідним і виправданим вжити надзвичайних заходів для подолання корупції і некомпетентності працівників судових органів, які є результатом політичного впливу на призначення суддів у попередній період, але звільнення кожного з представників судової влади, призначеного на посаду у відповідний період, не буде належним вирішенням проблем, зазначених владою (п. 36)[1356].

Як зазначено у рішенні ВП ВС від 04.11.2020 (справа №200/9195/19-а) із запровадженням судової реформи та набранням чинності Законом

1355

[1355] Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про відновлення довіри до судової системи України». URL: https://surl.li/mysiyr

1356

[1356] Висновок 803/2015 щодо проекту змін до Конституції України в частині правосуддя, затвердженого Конституційною комісією 04.09.2015 (прийнятний Венеційською комісією на її 104-му Пленарному засіданні 23–24.10.2015). URL: https://old.vkksu.gov.ua/userfiles/doc/visnovok%2026.pdf

№ 1402-VIII для утвердження незалежності судової влади, зокрема, шляхом її деполітизації, для посилення відповідальності судової влади перед суспільством, а також для запровадження належних конституційних засад кадрового оновлення суддівського корпусу було запроваджено необхідність проходження суддями кваліфікаційного оцінювання. Запровадження кваліфікаційного оцінювання суддів було зумовлене істотною метою, що полягала у відновленні довіри до судової влади в Україні. Зміни, запроваджені в судовій системі України у зв'язку з її реформуванням, були схвалені світовою спільнотою, у тому числі Венеційською комісією (пп. 98–99)[1357].

Оскільки законодавчі ініціативи щодо запровадження процедур кваліфікаційного оцінювання на здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді (статті 83–88 Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII) та кваліфікаційного оцінювання судді на відповідність займаній посаді (пунктом 16[1] розділу XV «Перехідні положення» Конституції України) будувалися навколо твердження про відновлення суспільної довіри до судової влади, слід погодитися з тим, що довіра до судової влади — це складне, комплексне явище, котре має соціальну, етичну, культурно-цивілізаційну, психологічну, когнітивну, правову природу; відображає сприйняття і ставлення суспільства, соціальної групи, індивіда до діяльності органів судової влади, судових рішень; сформоване на основі оцінки її діяльності й переконаності в істинності і правильності професійних, етичних, соціально-психологічних дій суддів, правосудності їхніх рішень та є добровільним свідомо-позитивним ставленням, моральною або дієвою підтримкою судової влади нині та в майбутньому[1358].

Отже, відновлення суспільної довіри до судової влади потребує консолідованих зусиль всіх учасників суспільних відносин та не може покладатися лише на носіїв судової влади, а тим більше досягатися засобами примусу та тиску. Сумлінне виконання суддями своїх професійних обов'язків та невідворотність відповідальності за недотримання встановлених правил та стандартів правосуддя вочевидь сприяють зміцненню суспільної довіри[1359], водночас не менш вагомий внесок у підвищення авторитету судової влади вносять ті, хто формує суспільну думку,

[1357] Рішення ВП ВС від 04.11.2020 року у справі № 200/9195/19-а. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93302481

[1358] Удовика Л., Новоселова В. Природа і зміст довіри до судової влади в Україні крізь призму світового досвіду. *Юридичний вісник.* 2021. № 4. С. 138.

[1359] Сліпенюк В. В. Довіра до правосуддя як складова система національної безпеки України. *Право та державне управління.* 2023. № 4. С. 28. URL: http://pdu-journal.kpu.zp.ua/archive/4_2023/5.pdf

зокрема медіа та громадські організації, і робить це відповідально, з повагою до професії судді.

Реальний масштаб суддівської діяльності дозволяють зрозуміти статистичні відомості щодо обсягу роботи місцевих судів, які у своїй публікації на тему довіри до суду наводить Голова ВС С. Кравченко. Зокрема, за рік місцеві суди розглядають 3,7 млн справ (1,2 млн — цивільні справи, 900 тис. — кримінальні провадження (здебільшого це діяльність слідчих суддів), 860 тис. — справи про адміністративні правопорушення, 500 тис. — справи адміністративного судочинства; 190 тис. — господарські справи).[1360] Враховуючи, що така діяльність відбувається в умовах значного кадрового дефіциту, понаднормово, з максимальною самовіддачею, ці цифри не просто вражають, а наштовхують на думку про те, наскільки репрезентативними в масштабі мільйонів розглянутих справ та проваджень, є ті нечисленні кейси, які дійсно свідчать про недоброчесність або некомпетентність окремих суддів, щоб викликати недовіру до судової влади в цілому і підірвати її авторитет. Викладене актуалізує питання пошуку оптимальної моделі оновлення суддівського корпусу, зокрема шляхом вдосконалення інституту кваліфікаційного оцінювання, для забезпечення балансу між суспільними очікуваннями, реальною ситуацією в судовій системі та ресурсними можливостями держави.

В контексті нашого дослідження важливо підкреслити, що незважаючи на певні спільні ознаки, кваліфікаційне оцінювання здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді та кваліфікаційне оцінювання відповідності судді займаній посаді — не є тотожними процедурами. Зазначена позиція була висловлена у Окремій думці членів ВККС В. Гацелюка та О. Коліуша[1361], підтримана у Окремій думці членів ВККС В. Гацелюка та Р. Мельника[1362] та в подальшому була відображена у низці рішень Комісії у складі колегії. Основними відмінностями цих процедур є:

– темпоральний характер (кваліфікаційне оцінювання на відповідність є одноразовою *ad hoc* процедурою, в той час як кваліфікаційне оцінювання на здатність є повторюваним процесом із можливістю проходження суддею необмежену кількість разів);

1360

[1360] Кравченко С. Довіра до суду: важливі міркування, які ґрунтуються на фактах. URL: https://www.pravda.com.ua/columns/2025/02/05/7496839/

1362

[1361] Окрема думка членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України В. Гацелюка, О. Коліуша щодо рішення ВККС від 23.11.2023 № 21/ко-23. URL: https://surli.cc/fvecnv

[1362] Окрема думка членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України В. Гацелюка, Р. Мельника щодо Рішення ВККС від 24.02.2025 № 25/ко-25. URL: https://surl.li/hawplp

– мета (кваліфікаційне оцінювання на здатність має на меті визначення найкращих кандидатів на посади суддів апеляційних судів, вищих спеціалізованих судів та ВС, в той час як мета кваліфікаційного оцінювання на відповідність полягає у визначенні відповідності осіб, які вже володіють статусом судді, на відповідність суддівській посаді);

– наслідки для судді (негативним наслідком кваліфікаційного оцінювання на відповідність є звільнення судді з посади, в той час як у випадку із кваліфікаційним оцінюванням на здатність — це лише припинення участі у конкурсі).

Подібних висновків щодо розмежування зазначених процедур також дійшов ВС у рішенні від 15.01.2025 у справі № 9901/529/19, зазначивши, що Законом № 1402-VIII встановлено дві різні процедури оцінювання: 1) оцінювання судді на відповідність займаній посаді; 2) кваліфікаційне оцінювання з метою визначення здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді (п. 44)[1363]. А також у рішенні від 03.02.2025 у справі № 990/35/24, у якій вказав, що на відміну від обмежених у часі приписів пп 4 п. 16-1 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України та п. 20 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону № 1402-VIII положення щодо кваліфікаційного оцінювання суддів, передбачені главою 1 розділу V Закону № 1402-VIII, розраховані на постійне застосування (п. 32). Отже, Законом № 1402-VIII встановлено дві різні процедури оцінювання: 1) оцінювання судді на відповідність займаній посаді; 2) кваліфікаційне оцінювання з метою визначення здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді (п. 33)[1364].

З метою нормативного та методологічного забезпечення проведення кваліфікаційного оцінювання суддів за визначеними законом критеріями рішенням ВККС від 03.11.2016 № 143/зп-16 (в ред. рішення ВККС від 13.02.2018 № 20/зп-18) було затверджено Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення[1365].

[1363] Рішення Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 15.01.2025 у справі № 9901/529/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/124502423

[1364] Рішення Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 03.02.2025 у справі № 990/35/24. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/124884019

[1365] Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, затверджене рішенням ВККС від 03.11.2016 № 143/зп-16 (в ред. ріш. ВККС від 13.02.2018 № 20/зп-18). URL: https://old.vkksu.gov.ua/userfiles/doc/poriadok_ta_metod.pdf

Особливістю зазначеного Положення було запровадження бальної системи оцінювання відповідності визначеним у Законі критеріям.

Так, п. 5 глави 6 розділу ІІ Положення встановлено, що максимально можливий бал за критеріями компетентності (професійної, особистої, соціальної) становить 500 балів, за критерієм професійної етики — 250 балів, за критерієм доброчесності — 250 балів. Отже, сума максимально можливих балів за результатами кваліфікаційного оцінювання за всіма критеріями дорівнює 1000 балів. За змістом підпункту 5.1 пункту 5 глави 6 розділу ІІ Положення критерії компетентності оцінюються так: професійна компетентність (за показниками, отриманими під час іспиту) — 300 балів, з яких: рівень знань у сфері права — 90 балів; рівень практичних навичок та умінь у правозастосуванні — 120 балів; ефективність здійснення суддею правосуддя або фахова діяльність для кандидата на посаду судді — 80 балів; діяльність щодо підвищення фахового рівня — 10 балів; особиста компетентність — 100 балів; соціальна компетентність — 100 балів. Пунктом 11 розділу V Положення встановлено, що рішення про підтвердження відповідності судді займаній посаді ухвалюється у разі отримання суддею мінімально допустимого і більшого бала за результатами іспиту, а також більше 67 відсотків від суми максимально можливих балів за результатами кваліфікаційного оцінювання всіх критеріїв за умови отримання за кожен з критеріїв бала, більшого за 0.

Розділом ІІ Положенням встановлено, що відповідність судді кожному з критеріїв оцінюється за відповідними показниками, а саме: відповідність критерію професійної компетентності визначається за показниками: рівень знань у сфері права (оцінюється на підставі результатів складання анонімного письмового тестування під час іспиту), рівень практичних навичок та умінь у правозастосуванні (оцінюється на підставі результатів виконання практичного завдання під час іспиту), ефективність здійснення правосуддя (оцінюється за результатами дослідження інформації, яка міститься у суддівському досьє, та співбесіди), діяльність щодо підвищення фахового рівня (оцінюється за результатами дослідження інформації, яка міститься у суддівському досьє, та співбесіди). Відповідність критерію особистої компетентності визначається за показниками особистих морально-психологічних якостей та загальних здібностей, такими як когнітивні якості особистості, емотивні якості особистості, мотиваційно-вольові якості особистості (оцінюється на підставі висновку про підсумки таких тестувань та за результатами дослідження інформації, яка міститься у суддівському досьє, і співбесіди). Відповідність судді критерію соціальної компетентності визначається

за показниками тестувань особистих морально-психологічних якостей та загальних здібностей, такими як комунікативність, організаторські здібності, управлінські властивості особистості, моральні риси особистості, чесність, порядність, розуміння та дотримання правил та норм, відсутність схильності до контрпродуктивних дій, дисциплінованість (оцінюється на підставі висновку про підсумки тестувань та за результатами дослідження інформації, яка міститься у суддівському досьє, і співбесіди). Відповідність судді критерію професійної етики визначається за показниками: відповідність витрат і майна судді та членів його сім'ї, а також близьких осіб задекларованим доходам; відповідність судді вимогам законодавства у сфері запобігання корупції; політична нейтральність; дотримання поведінки, що забезпечує довіру до суддівської посади та авторитет правосуддя; дотримання суддівської етики та наявність обставин, передбачених п.п. 3, 5–8, 13 ч. 1 ст. 106 Закону; інші дані, які можуть вказувати на відповідність судді критерію професійної етики. Ці показники оцінюються за результатами дослідження інформації, яка міститься у суддівському досьє, і співбесіди. Відповідність судді критерію доброчесності визначається за показниками: відповідність витрат і майна судді та членів його сім'ї задекларованим доходам; відповідність способу (рівня) життя судді та членів його сім'ї задекларованим доходам; відповідність поведінки судді іншим вимогам законодавства у сфері запобігання корупції; наявність обставин, передбачених п.п. 1, 2, 9–12, 15–19 частини першої Закону; наявність фактів притягнення судді до відповідальності за вчинення проступків або правопорушень, які свідчать про недоброчесність судді; наявність незабезпечених зобов'язань майнового характеру, які можуть мати істотний вплив на здійснення правосуддя суддею; інші дані, які можуть вказувати на відповідність судді критерію доброчесності.

Зауважимо, що у відповідності із зазначеним Положенням кваліфікаційне оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді) на здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді було проведено у рамках декількох конкурсів за участі ГРД та Громадської ради міжнародних експертів (у конкурсі до ВАКС, далі — ГРМЕ), що ілюструється наступною статистикою:

1. Конкурс на зайняття 120 посад суддів касаційних судів ВС, оголошений 07.11.2016

За результатами кваліфікаційного оцінювання 320 кандидатів підтвердили здатність здійснювати правосуддя у ВС

За результатами проведення конкурсу Комісією рекомендовано призначити на відповідні посади 120 переможців, з яких: стосовно 118

кандидатів ВРП внесено подання щодо призначення Президенту України; 2 кандидатам відмовлено у внесенні подання щодо призначення.

Із 320 кандидатів, які підтвердили здатність здійснювати правосуддя у ВС 256 суддів, які підтвердили відповідність займаній посаді.

2. Конкурс на зайняття 78 посад суддів касаційних судів ВС, оголошений 02.08.2018

За результатами кваліфікаційного оцінювання 185 кандидатів підтвердили здатність здійснювати правосуддя у ВС.

За результатами проведення конкурсу Комісією рекомендовано призначити на відповідні посади 78 переможців, з яких: стосовно 75 кандидатів ВРП внесено подання щодо призначення Президенту України; 3 кандидатам відмовлено у внесенні подання щодо призначення (в подальшому усі три рішення були переглянуті ВРП та стосовно усіх 3 кандидатів внесено подання щодо призначення Президенту України).

Із 185 кандидатів, які підтвердили здатність здійснювати правосуддя у ВС 90 суддів, які підтвердили відповідність займаній посаді.

3. Конкурс на зайняття 39 посад суддів ВАКС, оголошений 02.08.2018 (за участі ГРМЕ)

За результатами кваліфікаційного оцінювання 71 кандидат підтвердив здатність здійснювати правосуддя у ВАКС.

За результатами проведення конкурсу Комісією рекомендовано призначити на відповідні посади 39 переможців, з яких: стосовно 39 кандидатів ВРП внесено подання щодо призначення Президенту України; стосовно 1 кандидата відповідне питання залишено без розгляду (за заявою кандидата).

Із 71 кандидата, який підтвердив здатність здійснювати правосуддя у ВАКС 44 судді, які підтвердили відповідність займаній посаді.

Слід зауважити, що на момент проведення зазначених конкурсних процедур поняття доброчесності як критерію оцінювання у профільному законодавстві визначено не було. Показники відповідності зазначеному критерію були визначені у Положенні від 03.11.2016, а також оцінювалися згідно з Індикаторами визначення невідповідності суддів (кандидатів на посаду судді) критеріям доброчесності та професійної етики, затвердженими рішенням ГРД від 11.01.2019 (зі змінами). Під час конкурсу у ВАКС такі показники також оцінювалися відповідно до Керівних положення ГРМЕ щодо проведення оцінки доброчесності, знань та практичних навичок кандидатів на посади суддів ВАКС, схвалені Протоколом ГРМЕ № 4 від 28.12.2018.

Крім того, методологія та рішення Комісії не передбачали обов'язкової деталізації (опису, обґрунтування) бала суддів і кандидатів на

посаду судді за окремими показниками кваліфікаційного оцінювання, а також необхідності здійснення достатнього обґрунтування мотивів ухвалення рішень, зокрема про визнання судді таким, що не відповідає займаній посаді.

З урахуванням викладеного, результати оцінювання критеріїв професійної етики та доброчесності під час кваліфікаційного оцінювання у рамках відповідних конкурсних процедур виглядають наступним чином:

Конкурс на зайняття 120 посад суддів касаційних судів ВС, оголошений 07.11.2016.

До визначення та оцінювання за критеріями професійної етики та доброчесності допущено 382 кандидата на посаду судді ВС. У межах конкурсу до Комісії від ГРД надійшло 135 висновків про невідповідність кандидата на посаду судді критеріям професійної етики та доброчесності (35 % від загальної кількості кандидатів, допущених до етапу визначення та оцінювання критеріїв професійної етики та доброчесності):

1) 76 (56%) — підтвердили здатність здійснювати правосуддя у ВС; 2) 51 (38%) — не підтвердили здатність здійснювати правосуддя у ВС: 3) 8 (6%) — припинили участь у конкурсі (результати кваліфікаційного оцінювання не визначалися).

Загальні результати кваліфікаційного оцінювання 382 кандидатів, яких допущено до визначення та оцінювання критеріїв професійної етики та доброчесності: 1) 53 кандидати (14 %) не підтвердили здатності здійснювати правосуддя у відповідних судах (визнано такими, що не відповідають критеріям «Професійна етика» та/або «Доброчесність»); 2) 320 кандидатів (84 %) підтвердили здатність здійснювати правосуддя у відповідних судах (визнано такими, що відповідають критеріям «Професійна етика» та/або «Доброчесність»); 3) 9 кандидатів (2 %) — припинили участь у конкурсі за власною заявою, у зв'язку з неявкою для проходження кваліфікаційного оцінювання або його зупиненням.

Аналіз практики оцінювання ГРД за критеріями професійної етики та доброчесності вказує, що висновки ГРД про невідповідність кандидатів на посаду судді критеріям професійної етики та доброчесності стосувались таких показників (індикаторів):

1. **Незалежність:** 1) толерування злочинної практики втручання в автоматизовану систему розподілу справ — стосовно 13 кандидатів; 2) ухвалення політично мотивованих рішень — стосовно 11 кандидатів; 3) відвідування рф та ТОТ — стосовно 6 кандидатів; 4) зв'язки з політиками — стосовно 3 кандидатів; 5) участь в роботі п'ятої судової палати ВАСУ — стосовно 3 кандидатів; 6) отримання нагородної

зброї — стосовно 2 кандидатів; 7) відмова від розгляду справ — стосовно 1 кандидата; 8) підтримка «диктаторських законів 16 січня» — стосовно 1 кандидата; 9) непотизм, фаворитизм — стосовно 1 кандидата;

2. **Неупередженість:** 1) публічна підтримка суддею однієї зі сторін у справі — стосовно 2 кандидатів; 2) систематичний розгляд справ на користь окремої особи — стосовно 1 кандидата; 3) недотримання усталеної практики на користь окремої особи — стосовно 1 кандидата; 4) упереджене ставлення щодо сторони процесу — стосовно 1 кандидата;

3. **Чесність і непідкупність:** 1) повідомлення неправдивих даних в декларації доброчесності — стосовно 19 кандидатів; 2) причетність до повторного програшу України в ЄСПЛ — стосовно 9 кандидатів; 3) ухвалення свавільних рішень про заборону мирних зібрань — стосовно 8 кандидатів; 4) повідомлення неправдивих даних в декларації родинних зв'язків — стосовно 7 кандидатів; 5) ухвалення інших свавільних рішень — стосовно 7 кандидатів; 6) повідомлення неправдивих даних у документах, поданих для участі у конкурсі — 5 кандидатів; 7) так зване покривання «суддів Майдану» — стосовно 5 кандидатів; 8) ухвалення свавільних рішень щодо культурної спадщини та комунального майна — стосовно 5 кандидата; 9) протидія судовій реформі — стосовно 2 кандидатів;

4. **Дотримання етичних норм:** 1) недекларування майна — стосовно 54 кандидатів; 2) невідповідність стилю життя задекларованим доходам — стосовно 37 кандидатів; 3) приховування майна від декларування — стосовно 14 кандидатів; 4) приватизація службового житла — стосовно 8 кандидатів; 5) академічна недоброчесність — стосовно 3 кандидатів; 6) діяльність в умовах конфлікту інтересів — стосовно 3 кандидатів; 7) неетичні висловлювання та неетична поведінка — стосовно 2 кандидатів; 8) зухвале спілкування із журналістами — стосовно 1 кандидата;

5. **Компетентність і старанність:** 1) порушення принципу гласності судового процесу — стосовно 7 кандидатів; 2) використання нормативних актів радянського періоду для мотивування рішень про заборону мирних зібрань — стосовно 5 кандидатів; 3) неналежне оформлення документів — стосовно 3 кандидатів; 4) недотримання вимог щодо розумних строків розгляду справ, вчасного оприлюднення судових рішень — стосовно 3 кандидатів; 5) недотримання практики ЄСПЛ — стосовно 2 кандидатів[1366].

1366

[1366] Аналіз практики оцінки відповідності суддів і кандидатів на посаду судді критеріям доброчесності та професійної етики, 2023. 74 с. URL: https://surl.li/ktdhec

Як зазначено у Аналітичному звіті ВККС, низький рівень підтримки Комісією рішень ГРД (на рівні 38%) свідчить про відмінність поглядів в оцінці одних і тих самих явищ та неузгодженість рівнів проявів показників кандидатів на посаду судді, що є неприпустимим для зайняття суддівської посади[1367].

Водночас за результатами опрацювання значного масиву рішень, які зокрема були ухвалені ВККС у рамках проведення зазначеної конкурсної процедури, експерт Центру політико-правових реформ з питань судівництва Р. Смалюк дійшов висновків про те, що у 73% від загальної кількості таких рішень як одну з підстав для визнання судді (кандидата на посаду судді) таким, що не відповідає критерію доброчесності (або підстави, яка негативно вплинула на оцінку за цим показником в такій мірі, що особа неуспішно пройшла відповідну процедуру) було вказано порушення вимог щодо декларування або ж сумніви в законності походження майна, в тому числі членів його сім'ї. Водночас, порівняно з «майновою» доброчесністю, неналежне виконання професійних обов'язків не так часто ставало підставою для визнання особи такою, що не відповідає критерію доброчесності або істотно негативно впливало на результати такої оцінки та становить близько 44% від загальної кількості проаналізованих рішень. Близько у 27% від загальної кількості проаналізованих рішень, перешкодою для успішного проходження процедур оцінювання ставали проблеми з особистою доброчесністю[1368].

Отже, прослідковується певна солідаризація позицій ВККС та ГРД в частині того, що саме порушення вимог антикорупційного законодавства щодо майнової (фінансової) доброчесності у переважній кількості випадків визнається невідповідністю критерію доброчесності у рамках процедур кваліфікаційного оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді).

Конкурс на зайняття 78 посад суддів касаційних судів ВС, оголошений 02.08.2018.

До визначення та оцінювання за критеріями професійної етики та доброчесності допущено 235 кандидатів на посаду судді ВС. У межах конкурсу до Комісії від ГРД надійшов 71 висновок про невідповідність кандидата на посаду судді критеріям професійної етики та доброчесності: 1) 31 — підтвердили здатність здійснювати правосуддя у

[1367] Аналіз практики оцінки відповідності суддів і кандидатів на посаду судді критеріям доброчесності та професійної етики. *Там само.*

[1368] Смалюк Р. Аналітичний звіт Доброчесність у системі правосуддя: на шляху до єдиних та чітких індикаторів. 2024. 72 с. URL: https://salo.li/877d560

1368

Верховному Суді; 2) 38 — не підтвердили здатність здійснювати правосуддя у ВС; 3) 2 — припинили участь у конкурсі у зв'язку з невідповідністю вимогам до кандидата на посаду судді.

Загальні результати кваліфікаційного оцінювання 235 кандидатів, яких допущено до визначення та оцінювання за критеріями професійної етики та доброчесності: *1) 46 кандидатів (20 %) — не підтвердили здатності здійснювати правосуддя у відповідних судах (визнано такими, що не відповідають критеріям «Професійна етика» та/або «Доброчесність»); 2) 185 кандидатів (79 %) підтвердили здатність здійснювати правосуддя у відповідних судах (визнано такими, що відповідають критеріям «Професійна етика» та/або «Доброчесність»); 3) 4 кандидати (1 %) — припинили участь у конкурсі у зв'язку з невідповідністю вимогам до кандидата на посаду судді.*

Аналіз практики оцінювання ГРД за критеріями професійної етики та доброчесності вказує, що рішення про надання негативних висновків ухвалено ГРД стосовно 30 % кандидатів, допущених до етапу визначення та оцінювання цих критеріїв. Результати розгляду Комісією висновків ГРД під час другого конкурсу свідчать про зростання рівня довіри та підтримки таких висновків на 15 % порівняно з першим конкурсом[1369].

Конкурс на зайняття 39 посад суддів ВАКС, оголошений 02.08.2018.

До визначення та оцінювання за критеріями професійної етики та доброчесності допущено 113 кандидатів на посаду судді ВАКС, зокрема Апеляційної палати цього суду. У межах конкурсу до Комісії надійшли повідомлення ГРМЕ про наявність сумніву у доброчесності 49 (43 %) кандидатів: 1) 7 кандидатів продовжили участь у конкурсі за результатами спеціального спільного засідання Комісії та ГРМЕ (відповідають критеріям, визначеним статтею 8 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд»); 2) 39 кандидатів припинили участь у конкурсі у зв'язку з ненабранням достатньої кількості голосів членів Комісії та ГРМЕ для визнання їх такими, що відповідають критеріям, визначеним статтею 8 Закону України «Про Вищий антикорупційний суд»; 3) 3 кандидати припинили свою участь у конкурсі за власним бажанням без розгляду питання їх відповідності критерію доброчесності на спеціальному спільному засіданні Комісії та ГРМЕ.

За результатами кваліфікаційного оцінювання 71 (63 %) кандидат підтвердив здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді.

[1369] Аналіз практики оцінки відповідності суддів і кандидатів на посаду судді критеріям доброчесності та професійної етики. *Там само.*

Аналіз практики діяльності ГРМЕ вказує, що сумніви щодо відповідності кандидатів критеріям доброчесності первинно виникли стосовно 43 % кандидатів, допущених до етапу визначення та оцінювання за критеріями професійної етики та доброчесності: стосовно 42 % кандидатів на посаду судді Вищого антикорупційного суду (перша інстанція); стосовно 47 % кандидатів на посаду судді Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду.

Стосовно 39 кандидатів, які припинили участь у конкурсі у зв'язку з ненабранням достатньої кількості голосів членів Комісії та ГРМЕ для визнання їх такими, що відповідають критеріям, визначеним ст. 8 Закону «Про Вищий антикорупційний суд» від 07.06.2018 № 2447-VIII, виникли обґрунтовані сумніви щодо таких обставин: 1) походження (декларування) майна та коштів — стосовно 30 кандидатів; 2) наявність достатніх практичних навичок — стосовно 15 кандидатів; 3) професійна етика — стосовно 4 кандидатів; 4) політична нейтральність — стосовно 1 кандидата; 5) вчинення дорожньо-транспортної пригоди у стані алкогольного сп'яніння — стосовно 1 кандидата; 6) неупередженість — стосовно 1 кандидата; 7) здійснення кримінального провадження — стосовно 1 кандидата; 8) чесність — стосовно 1 кандидата.

Первинні сумніви ГРМЕ у відповідності 14 % кандидатів критеріям доброчесності не були підтримані спільним рішенням Комісії та самої ГРМЕ[1370].

З огляду на підтриману нами думку, що кваліфікаційне оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді) на здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді (статті 83–88 Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII) та кваліфікаційне оцінювання суддів на відповідність займаній посаді (п. 16[1] розділу XV «Перехідні положення» Конституції України) є різними процедурами, слід зауважити, що Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, затверджене рішенням ВККС від 03.11.2016 (зі змінами) не містило їх чіткого розмежування та відповідно не визначало методологічних особливостей.

30.12.2023 набрав чинності Закон «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедур суддівської кар'єри» від 09.12.2023 № 3511-IX, яким зокрема було передбачено затвердження

[1370] Аналіз практики оцінки відповідності суддів і кандидатів на посаду судді критеріям доброчесності та професійної етики. *Там само.*

ВРП Єдиних показників для оцінки доброчесності та професійної етики судді (кандидата на посаду судді)[1371], які після затвердження мають бути покладені в основу нової методології кваліфікаційного оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді) на здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді у рамках конкурсних процедур, які будуть проведені після 30.12.2023.

У зв'язку з цим, рішенням ВККС від 22.01.2025 № 20/зп-25 (зі змінами) затверджено нове Положенням про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення[1372].

Згідно з п. 2.1 Розділу 2 Положення відповідність судді (кандидата на посаду судді) критерію професійної компетентності оцінюється (встановлюється) за такими показниками: когнітивні здібності; знання історії української державності; загальні знання у сфері права; знання зі спеціалізації суду відповідного рівня; здатність практичного застосування знань у сфері права у суді відповідного рівня та спеціалізації. Показники відповідності судді (кандидата на посаду судді) критерію професійної компетентності оцінюються на підставі результатів складення кваліфікаційного іспиту.

Згідно з п. 2.4 Розділу 2 Положення відповідність судді (кандидата на посаду судді) критерію особистої компетентності оцінюється (встановлюється) за такими показниками: рішучість та відповідальність; безперервний розвиток. Рішучість — визначена як здатність вчасно приймати та не відкладати рішення у значущій для людини ситуації, навіть складні та непопулярні. Відповідальність — як здатність брати на себе відповідальність за рішення та їх наслідки. Безперервний розвиток — свідомі та послідовні зусилля щодо професійного саморозвитку. Відповідність судді (кандидата на посаду судді) критерію соціальної компетентності оцінюється (встановлюється) за такими показниками: ефективна комунікація; ефективна взаємодія; стійкість мотивації; емоційна стійкість (п. 2.8 Розділу 2 Положення). Ефективна комунікація — визначена як здатність ефективно використовувати комунікацію як інструмент для формування повного розуміння ситуації, встановлення взаєморозуміння та консенсусу

1371 [1371] Єдині показники для оцінки доброчесності та професійної етики судді (кандидата на посаду судді) затверджені рішенням ВРП від 17.12.2024 № 3659/0/15-24. URL: https://hcj.gov.ua/doc/doc/49121

1372 [1372] Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, затверджене рішенням ВККС від 22.01.2025 № 20/зп-25 (зі змінами). URL: https://www.vkksu.gov.ua/sites/default/files/polozhennya_ko_28.05.2025.pdf

у взаємодії з іншими. Ефективна взаємодія — це здатність будувати конструктивні стосунки з колегами та іншими представниками професійного середовища на основі професійних цілей та цінностей, а не особистих інтересів. Стійкість мотивації — усвідомлена мотивація до тривалого виконання професійних обов'язків судді в межах закону. Емоційна стійкість — здатність ефективно управляти своїми емоційними станами. Відповідність судді (кандидата на посаду судді) критеріям доброчесності та професійної етики оцінюється (встановлюється) за такими показниками: незалежність; чесність; неупередженість; сумлінність; непідкупність; дотримання етичних норм і бездоганна поведінка у професійній діяльності та особистому житті; законність джерел походження майна, відповідність рівня життя судді (кандидата на посаду судді) або членів його сім'ї задекларованим доходам, відповідність способу життя судді (кандидата на посаду судді) його статусу (п. 2.13 Розділу 2 Положення). Для оцінки відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям доброчесності та професійної етики Комісією враховуються Єдині показники для оцінки доброчесності та професійної етики судді (кандидата на посаду судді), затверджені Вищою радою правосуддя.

Положенням у п. 5.6. Розділу 5 визначено вагу критеріїв та показників під час кваліфікаційного оцінювання, яка обраховується у балах. Професійна компетентність (за показниками, отриманими під час кваліфікаційного іспиту) — 400 балів, з яких: рівень когнітивних здібностей — 60 балів; рівень знань з історії української державності — 40 балів; рівень загальних знань у сфері права — 50 балів; рівень знань зі спеціалізації суду відповідного рівня — 100 балів; рівень здатності практичного застосування знань у сфері права у суді відповідного рівня та спеціалізації — 150 балів. Особиста компетентність — 50 балів, з яких: рішучість та відповідальність — 25 балів; безперервний розвиток — 25 балів. Соціальна компетентність — 50 балів, з яких: ефективна комунікація — 12,5 бала; ефективна взаємодія — 12,5 бала; стійкість мотивації — 12,5 бала; емоційна стійкість — 12,5 бала. Критерії доброчесності та професійної етики — 300 балів.

Комісія керується презумпцією, відповідно до якої суддя (кандидат на посаду судді) відповідає критеріям доброчесності та професійної етики. Ця презумпція є спростовною, а рівень такої відповідності підлягає з'ясуванню під час кваліфікаційного оцінювання судді (кандидата на посаду судді).

Суддя (кандидат на посаду судді) не відповідає критеріям доброчесності та професійної етики у разі встановлення невідповідності або наявності обґрунтованого сумніву в його відповідності хоча б одному показнику,

визначеному пунктом 2.13 цього Положення. Такий суддя (кандидат на посаду судді), припиняє участь у кваліфікаційному оцінюванні та визнається таким, що не підтвердив здатності здійснювати правосуддя у відповідному суді (п. 5.10 Розділу 5 Положення). Під час оцінювання відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям кваліфікаційного оцінювання враховуються обставини, що вказують на істотність порушення правил та/або норм, зокрема: тяжкість діяння та його наслідки, суб'єктивна сторона поведінки, історичний контекст події, систематичність, давність порушення тощо. (п. 5.11 Розділу 5 Положення). Кількість балів за результатами оцінювання відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям доброчесності та професійної етикиможе бути знижена на 15 балів за кожне виявлене порушення (одне суттєве або декілька менш суттєвих) правил та/або норм. Суддя (кандидат на посаду судді) не відповідає критеріям доброчесності та професійної етики, якщо остаточна кількість набраних ним балів є меншою 225 (п. 5.12 Розділу 5 Положення).

Таким чином, внаслідок оновлення чинного законодавства, процедури кваліфікаційного оцінювання суддів на відповідність займаній посаді продовжують проводитися за правилами, які діяли до 30.12.2023, тобто за методологією визначеною Положенням від 03.11.2016 (зі змінами), а кваліфікаційне оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді) на здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді у рамках конкурсних процедур, які проводяться після 30.12.2023 — за методологією визначеною Положенням від 22.01.2025.

Аналіз зазначених нормативних актів свідчить про те, вони містять суттєві розбіжності у методології кваліфікаційного оцінювання, які відображені у таблиці:

Положення нормативного акту	**Положення від 22.01.2025**	**Положення від 03.11.2016**
1. Принципи кваліфікаційного оцінювання	*основними принципами кваліфікаційного оцінювання є автономність, запобігання конфлікту інтересів, об'єктивність, неупередженість, прозорість, публічність, рівність умов для суддів (кандидатів на посаду судді).*	*проводиться прозоро та публічно, з урахуванням принципів інстанційності та спеціалізації*

Положення нормативного акту	**Положення від 22.01.2025**	**Положення від 03.11.2016**
2. Відповідність критерію професійної компетентності	*визначається лише на етапі кваліфікаційного іспиту*	*відповідність частині показників зазначеного критерію визначається на етапі кваліфікаційного іспиту, іншій частині — на етапі дослідження досьє та проведення співбесіди*
3. Показники особистої та соціальної компетентності	*конкретизовані та описані*	*тільки перелічені*
4. Відповідність показникам особистої та соціальної компетентності	*визначається за результатами дослідження інформації, яка міститься у суддівському досьє (досьє кандидата на посаду судді), та співбесіди*	*визначається за результатами проведення тестувань особистих морально-психологічних якостей та загальних здібностей*
5. Когнітивні здібності	*є показником відповідності критерію професійної компетентності, який оцінюється на етапі кваліфікаційного іспиту*	*є показником особистої компетентності, який оцінюється на етапі дослідження досьє та проведення співбесіди*
6. Показники відповідності критеріям доброчесності та професійної етики	*об'єднані*	*для кожного критерія визначені власні показники, які частково збігаються*
	тільки перелічуються, але не описуються з посиланням на Єдині показники для оцінки доброчесності та професійної етики судді (кандидата на посаду судді), затверджені Вищою радою правосуддя	*визначені та описані*

Положення нормативного акту	Положення від 22.01.2025	Положення від 03.11.2016
7. Відповідність показникам доброчесності та професійної етики	*визначається за результатами дослідження інформації, яка міститься у суддівському досьє (досьє кандидата на посаду судді), та співбесіди*	*визначається частково за результатами проведення тестувань особистих морально-психологічних якостей та загальних здібностей, частково за результатами дослідження інформації, яка міститься у суддівському досьє (досьє кандидата на посаду судді), та співбесіди*
8. Презумпція відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям доброчесності та професійної етики	*містить таку презумпцію. На початку співбесіди суддя (кандидат на посаду судді) має максимальну кількість балів (300), яка може бути зменшена за результатами співбесіди*	*така презумпція відсутня. Бали нараховуються за результатами співбесіди*
9. Термін «обґрунтований сумнів»	*містить такий термін в контексті оцінки відповідності показникам критеріям доброчесності та професійної етики, зміст якого розкривається у Єдиних показниках для оцінки доброчесності та професійної етики судді (кандидата на посаду судді), затверджених Вищою радою правосуддя.*	*Не містить такого терміну. Водночас містить термін «внутрішнє переконання» в контексті встановлення відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям кваліфікаційного оцінювання*
10. Пропорційність розподілу балів	*загальна кількість балів, які нараховуються за результатами кваліфікаційного іспиту (400) пропорційна загальній кількості балів за етап дослідження досьє і проведення співбесіди (400), що обмежує дискрецію Комісії*	*наявна певна диспропорція — загальна кількість балів, які нараховуються за результатами кваліфікаційного іспиту (300), за етап дослідження досьє і проведення співбесіди (700)*

Положення нормативного акту	Положення від 22.01.2025	Положення від 03.11.2016
11. Особливості визначення відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання для різних категорій кандидатів на посаду судді	*не містить таких особливостей*	*встановлюються особливості оцінювання відповідності показникам фахова діяльність та діяльність щодо підвищення фахового рівня (показники відповідності критерію професійна компетентність) для кандидатів з числа суддів, науковців та адвокатів*

Зазначені розбіжності у методології кваліфікаційного оцінювання, на нашу думку, становлять певну проблему у практичній площині, з огляду на те, що відповідно до п. 20-2 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII суддя, який за результатами кваліфікаційного оцінювання у межах конкурсу на посаду судді апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду або судді ВС в межах своєї спеціалізації підтвердив здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді, вважається таким, що пройшов оцінювання та підтвердив відповідність займаній посаді. Вочевидь подібне «прирівнювання» має сенс у разі методологічної узгодженості та певної уніфікації відповідних процедур, що було можливим у рамках однієї нормативної бази.

Натомість, слід визнати, що попри методологічну неузгодженість, можливість такого «прирівнювання» стало результатом певного компромісу між державою, яка ще у 2015 р. взяла на себе зобов'язання провести кваліфікаційне оцінювання суддів на відповідність займаній посаді, і суддями, які перебувають у цій процедурі багато років (деякі не здійснюючи суддівські повноваження). За цей час відбулася суттєва модернізація профільного законодавства, набули подальшого розвитку нові підходи щодо оцінювання критеріїв компетентності, доброчесності та професійної етики, були сформовані нові органи суддівського врядування, а судді продовжують бути «заручниками» старих процедур.

Статистично загальні результати проведення кваліфікаційного оцінювання суддів на відповідність займаній посаді **у період з 30.09.2016**

до 17.09.2025 виглядають таким чином: *2533 суддів — відповідають займаній посаді; 140 суддів — не відповідають займаним посадам (38 осіб звільнено ВРП звільнено з посади судді; стосовно 62 осіб рекомендацію щодо звільнення залишено без розгляду; 40 рекомендацій перебуває на розгляді ВРП); стосовно 29 суддів ухвалено рішення про внесення до ВРП подання про звільнення з посади судді у зв'язку з відмовою від кваліфікаційного оцінювання; стосовно 1046 суддів припинено проведення кваліфікаційного оцінювання (у зв'язку зі звільненням та припиненням повноважень — 973, ненабуттям повноважень — 4, підтвердженням здатності здійснювати правосуддя у ВС — 41, підтвердженням здатності здійснювати правосуддя у ВАКС — 26, за рішенням суду — 1, дисциплінарною відповідальністю (відсторонення — 1).*

Станом на 17.09.2025 кваліфікаційне оцінювання на відповідність займаній посаді не завершено стосовно 1420 суддів (з них стосовно 36 суддів ВРП відмовлено в задоволенні подання ВККС про звільнення судді у зв'язку з його невідповідністю займаній посаді).

Протягом 2016 — 2025 років (станом на 17.09.2025) у межах оцінювання на відповідність займаній посаді до Комісії надійшли висновки ГРД про невідповідність 680 суддів критеріям професійної етики та доброчесності, з яких: 141 суддю визнано такими, що відповідають займаній посаді; 47 судді визнано такими, що не відповідають займаній посаді; 2 суддів відмовилися від оцінювання; стосовно 152 суддів оцінювання припинено (у зв'язку зі звільненням, ненабуттям повноважень зі здійснення правосуддя). Стосовно інших суддів оцінювання не завершено.

За результатами проведення кваліфікаційного оцінювання суддів на відповідність займаній посаді новим складом Комісії протягом 2023–2025 рр (станом на 22.09.2025): *166 суддів — визнані такими, що відповідають займаній посаді; 47 суддів — визначні такими, що не відповідають займаним посадам; стосовно 5 суддів ухвалено рішення про внесення до ВРП подання про звільнення з посади судді у зв'язку з відмовою від кваліфікаційного оцінювання; стосовно 708 суддів припинено проведення кваліфікаційного оцінювання (у зв'язку зі звільненням та припиненням повноважень — 703, ненабуттям повноважень — 4, підтвердженням здатності здійснювати правосуддя у ВАКС — 1).*

Наведені статистичні дані наочно свідчать про те, що для завершення процедури кваліфікаційного оцінювання на відповідність займаній посаді більше 1400 суддів потрібний значний обсяг часу, який збільшується пропорційно зростанню навантаження на ВККС у зв'язку з одночасним проведенням декількох процедур, спрямованих на заповнення вакантних посад у судах (конкурс у апеляційні суди; конкурси у

спеціалізовані суди; добір на посади суддів у місцеві суди). Фактично за два роки каденції Комісія змогла провести кваліфікаційне оцінювання на відповідність займаній посаді щодо 218 суддів. Отже, суто математично, враховуючи реальну спроможність ВККС та ГРД в умовах багатозадачності, за самими оптимістичними прогнозами останній суддя пройде таке кваліфікаційне оцінювання не раніше, ніж за п'ять років.

Водночас з кожним роком відтермінування зазначеного оцінювання висновок про невідповідність судді займаній посаді у зв'язку з подіями, які обумовили початок цієї процедури, потребуватиме більш вагомої аргументації, оскільки навіть люстраційні процедури через десять років вичерпали свій обмежувальний характер та втратили сенс.

У межах тематики нашого дослідження окремої уваги заслуговують результати законодавчого пошуку оптимальних інструментів оцінювання (вимірювання) відповідності критеріям доброчесності та професійної етики, оскільки більшість законодавчих новацій останніх десяти років щодо вдосконалення інституту кваліфікаційного оцінювання стосувалися саме зазначених критеріїв.

Аналіз національного законодавства свідчить про те, що вперше терміно-поняття «доброчесність» в контексті вимог до кандидата на посаду судді та оцінювання діючих суддів було вжито в Законі № 1401-VIII та Законі України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII

Так, нова редакція ст. 127 Конституції України визначила, що на посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший тридцяти та не старший шістдесяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ять років, є компетентним, доброчесним та володіє державною мовою.

Крім того, пункт 16^1 Перехідних положень Конституції встановив, що відповідність займаній посаді судді, якого призначено на посаду строком на п'ять років або обрано суддею безстроково до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», має бути оцінена в порядку, визначеному законом. Виявлення за результатами такого оцінювання невідповідності судді займаній посаді за критеріями компетентності, професійної етики або доброчесності чи відмова судді від такого оцінювання є підставою для звільнення судді з посади.

З метою реалізації зазначених конституційних положень профільний Закон «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII впровадив декларації родинних зв'язків судді (ст. 61) та доброчесності

судді (ст. 62), а також процедури кваліфікаційного оцінювання суддів та кандидатів на посаду судді (статті 83–88; п. 20 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення»).

Зауважимо, що попередньо, за відсутності нормативного закріплення поняття «доброчесність», законодавець пішов шляхом визначення можливих проявів антипода доброчесності — недоброчесної поведінки судді. Так, в Законі «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12.02.2015 № 192-VIII, однією з підстав дисциплінарної відповідальності судді, що може спричинити звільнення з посади за порушення присяги, визнавалося допущення суддею недоброчесної поведінки, у тому числі здійснення суддею або членами його сім'ї витрат, що перевищують доходи такого судді та доходи членів його сім'ї; встановлення невідповідності рівня життя судді задекларованим ним та членами його сім'ї майну і доходам; використання статусу судді з метою незаконного отримання ним або третіми особами матеріальних благ або іншої вигоди.

Не складно помітити, що недоброчесна поведінка судді фактично визначалася через порушення ним вимог антикорупційного законодавства, що в контексті доброчесної поведінки дорівнює дотриманню таких вимог. Натомість звуження доброчесності до положень антикорупційного законодавства суттєво віддаляє це поняття від його первісного значення як морально-етичної категорії, яка передусім характеризує суб'єктивні якості людини.

Нормативна прогалина щодо визначення критерія доброчесності обумовила його тлумачення ВС. Як зазначено у постанові ВП ВС від 10.11.2022 (справа № 9901/355/21), «доброчесність — це необхідна морально-етична складова діяльності судді, яка, серед іншого, визначає межу і спосіб його поведінки, що базується на принципах об'єктивного ставлення до сторін у справах та чесності у способі власного життя, виконанні своїх обов'язків та здійсненні правосуддя.

За визначенням терміна, який подано в Сучасному словнику з етики, доброчесністю є позитивна моральна якість, зумовлена свідомістю і волею людини, яка є узагальненою стійкою характеристикою людини, її способу життя, вчинків; якість, що характеризує готовність і здатність особистості свідомо і неухильно орієнтуватись у своїй діяльності та поведінці на принципи добра і справедливості.

Авторитет та довіра до судової влади формуються залежно від персонального складу судів, від осіб, які обіймають посади суддів та формують суддівський корпус. Саме тому важливо, щоб суддя не допускав будь-якої неналежної (недоброчесної, неетичної) поведінки як у професійній діяльності, так і в особистому житті, яка може поставити під

сумнів відповідність кандидата критерію доброчесності, що негативно вплине на суспільну довіру до судової влади у зв'язку з таким призначенням» (п. 23)[1373].

У постанові ВП ВС від 18.04.2024 у справі № 9901/110/19 щодо дотримання високих стандартів поведінки зазначено, що суддя повинен добровільно і свідомо відстоювати доброчесність та незалежність судової влади, що, у свою чергу, зумовлює обов'язок сумлінно, чесно і кваліфіковано виконувати призначення носія судової влади. Він також добровільно приймає на себе обмеження, пов'язані з виконанням ним своїх професійних обов'язків, які унеможливлюють створення умов, що викликатимуть сумніви у доброчесності поведінки судді та його безсторонності, незалежності і об'єктивності. Доброчесна поведінка судді має торкатися всіх сфер його життя, у тому числі й матеріальної (майнової) сфери, виявляючи повагу до законів і лояльність до публічних фінансових інтересів держави (пункти 7.35, 7.36)[1374].

У коментарі до Бангалорських принципів поведінки суддів від 19.05.2006, схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006 № 2006/23 (далі — Бангалорські принципи поведінки суддів), зазначено, що в основі довіри суспільства до судової системи лежить не лише компетентність і скрупульозність суддів, але також їхня чесність, непідкупність і моральність. Суддя має бути не лише «добрим суддею», але й «доброю людиною», незважаючи на те, що значення цих слів може по-різному сприйматися в різних прошарках суспільства. На думку суспільства, суддя взяв на себе обов'язок не лише служити ідеалам справедливості і правди, які є основою для верховенства права і принципів демократії, але й уособлювати їх. Тому особисті якості, поведінка та образ судді репрезентують судову систему загалом і відповідно впливають на рівень суспільної довіри до неї[1375].

У цьому аспекті, нами повністю поділяється позиція авторів посібника «Оцінювання відповідності судді (кандидата на посаду судді) критерію доброчесності», що доброчесність має два рівні втілення в житті будь-якої людини. Першим є рівень внутрішніх переконань. Йдеться

[1373] Постанова ВП ВС від 10.11.2022 у справі № 9901/355/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/107533714

[1374] Постанова ВП ВС від 18.04.2024 у справі № 9901/110/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/118868396

[1375] Коментар до Бангалорських принципів поведінки суддів від 19.05.2006, схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006 № 2006/23. 2007. 199 с. URL: https://surl.lt/gbwdis

про наявність у людини високих власних моральних та етичних цінностей, стандартів, які вона повністю поділяє. Другим є рівень поведінки. Мова про те, що людина в будь-яких життєвих ситуаціях керує своєю поведінкою згідно з власними високими моральними переконаннями та вимогами законодавства, навіть попри можливий тиск інших людей, зовнішніх обставин, особистої користі або сильних емоцій. Важливо наголосити, що доброчесність має комплексний характер, тобто вона має бути притаманна певній людині одночасно на обох вищевказаних рівнях свого втілення, тим самим утворюючи замкнений цикл у форматі «внутрішнє переконання — поведінка» зі спільними цінностями в основі, які становлять органічне поєднання високих стандартів зі сфер моралі, права та професійної етики[1376]. Втім, під час будь-якої законодавчо передбаченої процедури оцінювання на відповідність критерію доброчесності предметом оцінки можуть бути лише зовнішні прояви діяльності людини, тобто її поведінка у формі дій чи бездіяльності, а також її усні та письмові твердження й заяви тощо.

Стосовно критерію оцінки зовнішніх проявів діяльності людини, вимогу до доброчесності пропонується поділити на чотири складники: дотримання антикорупційного законодавства (питання доходів і видатків, конфлікту інтересів, декларування, ознаки або факти корупційних чи пов'язаних з корупцією правопорушень тощо); дотримання норм іншого законодавства; дотримання норм професійної етики; дотримання інших вимог, які, хоча прямо й не передбачені нормами законодавства чи професійної етики, але свідчать про відповідність особи вимогам моралі, чесності й порядності[1377].

Схожа позиція щодо складових доброчесності наводиться у навчальному посібнику «Етика прокурора, судді, слідчого», зокрема:

– недопустимість використання суддею свого статусу в особистих інтересах чи в інтересах інших осіб. Відповідно до п. 11 ч. 1 ст. 106 Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII, використання статусу судді з метою незаконного отримання ним або третіми особами матеріальних благ або іншої вигоди, якщо таке правопорушення не містить складу злочину або кримінального проступку, є підставою для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності;

1376

[1376] Посібник «Оцінювання відповідності судді (кандидата на посаду судді) критерію доброчесності», 2025. С. 11–12. URL: https://nsj.gov.ua/files/1746685158IDLO_dobrochesnist2.pdf

[1377] Посібник «Оцінювання відповідності судді (кандидата на посаду судді) критерію доброчесності». *Там само.* С. 12–13.

– демонстрація бездоганної поведінки. Професійна репутація судді має бути бездоганною навіть з погляду стороннього спостерігача. Його поведінка має підтримувати впевненість суспільства в чесності та непідкупності не лише цього конкретного судді, а й загалом судових органів. Водночас суддя повинен утримуватися від поведінки, будь-яких дій або висловлювань, що можуть призвести до виникнення сумнівів у його доброчесності;

– додержання антикорупційних вимог та обмежень;

– додержання спеціальних вимог Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII. Так, згідно із ч. 7 ст. 56 цього Закону, суддя зобов'язаний подавати декларацію доброчесності судді та декларацію родинних зв'язків судді (п. 3); підтверджувати законність джерела походження майна у зв'язку з проходженням кваліфікаційного оцінювання або в порядку дисциплінарного провадження щодо судді, якщо обставини, що можуть мати наслідком притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, викликають сумнів у законності джерела походження майна або доброчесності поведінки судді (п. 10)[1378]

Отже, слід визнати, що юридизація абстрактних філософських категорій, зокрема доброчесності, у якості критерія оцінювання відповідності кваліфікаційним вимогам, без конкретизації їх змісту з урахуванням призначення відповідних процедур — позбавлена практичного сенсу, оскільки створює інструмент яким неможливо або дуже складно щось виміряти. Іншими словами має відбутися трансформація ідеального, а тому недосяжного в утилітарне та вимірюване. Фактично йдеться про суддівську доброчесність, яка з усього еталонного масиву чеснот і якостей, які формують ідеальний образ доброчесної людини, виокремлює мінімально достатній перелік тих, які є необхідними саме у суддівській діяльності та слугують показниками відповідності критерію доброчесності для кандидатів на відповідну суддівську посаду.

Перелік таких чеснот і якостей, які вказують на відповідність кандидата на посаду судді критерію доброчесності був визначений Законом «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедур суддівської кар'єри» від 09.12.2023 № 3511-IX, а саме: незалежність, чесність, неупередженість, непідкупність, сумлінність, дотриманні етичних норм, бездоганна поведінка у професійній діяльності та особистому

[1378] Етика прокурора, судді, слідчого : навч. посіб. / Л. М. Гуртієва, О. В. Капліна, А. В. Лапкін та ін. ; тех. ред. Ю. Д. Батан ; за ред. А. В. Лапкіна, Г. Шмельцер. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2022. С. 101–102.

житті, законність джерел походження майна кандидата, відповідність рівня життя кандидата на посаду судді або членів його сім'ї задекларованим доходам, відповідність способу життя кандидата його попередньому статусу (ч. 9 ст. 69 Закону).

Аналогічний перелік міститься у п. 14 Єдиних показників для оцінки доброчесності та професійної етики судді (кандидата на посаду судді), затверджених ВРП відповідно до ст. 83 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (далі — Єдині показники).

У цьому аспекті цікавими є думки членів ВРП, які були безпосередньо залучені до розробки та затвердження Єдиних показників. Так, С. Бурлаков зауважує, що необхідність працювати з поняттям «доброчесність» мимоволі затягує предмет Єдиних показників у ***«сіру» смислову зону між мораллю та правом***. Потрібно усвідомлювати виключно юридичний характер Єдиних показників. Ідеться про суто ***юридичну версію доброчесності***, яка ніколи не збігатиметься з моральним феноменом доброчесності хоча б тому, що цей феномен не є єдиним і однозначним. Однозначність (принаймні як мета) завжди ***відрізняла право від моралі***. Мораль неодмінно містить істотний елемент суб'єктивності, контрнормативної поведінки (в ім'я духу, а не букви), різних вихідних позицій носіїв морального судження (культурних, релігійних, майнових, професійних, соціальних тощо). У суспільстві завжди існує спектр моралей (часто протилежних одна одній) і одне право, покликане не увиразнити ці розбіжності, а уніфікувати, звести до спільного знаменника. Як поняття «доброчесність», так і пов'язані з ним чесноти (чесність, неупередженість, сумлінність) будуть або досконалими юридичними ***фікціями*** або ***юридично-моральними гібридами***[1379].

О. Кваша, у рамках дискусії про те, чи носять Єдині показники виключно юридичний характер в контексті наслідків відвідування суддею (кандидатом на посаду судді) **без нагальної потреби** анексованого рф Криму, інших ТОТ та держави-агресора, доходить висновку, що доброчесність судді не може обмежуватись лише дотриманням вимог, передбачених законом, наголошуючи на тому, що стандарти доброчесності судді повинні включати патріотизм та прояв активної громадянської позиції, що наразі є умовою виживання української держави. Зважаючи на особливий статус судді, його виключну місію у здійсненні правосуддя відсутність активної громадянської позиції, **нейтрально-байдуже ставлення судді** до необхідності збереження української

1379

[1379] Бурлаков С. Доброчесність судді: між правом і мораллю. URL: https://pravo.ua/dobrochesnist-suddi-mizh-pravom-i-moralliu/

національної ідентичності підриває **засади державної та національної безпеки України**[1380]**.**

Ми поділяємо зазначений підхід, який зрештою був врахований Вищою радою правосуддя у Єдиних показниках, що забезпечило правову визначеність у питанні, яке викликало відповідну дискусію. Також зауважуємо, що аналогічна позиція була викладена у рішеннях ВККС від 27.11.2023 №28/ко-23[1381] та від 29.01.2024 №35/ко-24[1382].

Аналізуючи походження поняття суддівської етики, слід зазначити, що вона є різновидом професійної етики, однієї із галузей етичної науки, науки про мораль. Етичні норми являють собою систему ідей і уявлень про правильну і неправильну поведінку, які вимагають виконання одних дій і забороняють інші. Етичні вимоги до поведінки судді закріплені саме в Кодексі професійної етики судді і являють собою сукупність моральних правил поведінки судді, за допомогою яких можна оцінити його дії з погляду таких цінностей, як справедливість, сумлінність, гідність, людяність тощо[1383].

Варто погодитися з тим, що суддівська етика є складним комплексом моральних правил, вимог і настанов, що мають дотримуватися у єдності й взаємозв'язку, але водночас мають внутрішню диференціацію залежно від спрямованості та сфери дії. Тому правила професійної етики суддів можна розглядати у трьох аспектах: 1) загальні принципи й положення професійної етики суддів — мають універсальний характер і виявляються як у здійсненні суддею правосуддя, так і в його повсякденному житті. Згідно з Розділом І Кодексу суддівської етики, суддя повинен бути прикладом неухильного додержання вимог закону і принципу верховенства права, присяги судді, а також дотримання високих стандартів поведінки з метою зміцнення довіри громадян у чесність, незалежність, неупередженість та справедливість суду. Поряд з цим, суддя має докладати всіх зусиль до того, щоб на думку розсудливої, законослухняної та поінформованої людини його поведінка була бездоганною. Отже, незалежно від того, чи здійснює суддя функції з відправлення правосуддя, його поведінка має бути бездоганною, а репутація — незаплямованою, з тим, щоб формувати й підтримувати в очах суспільства

1380

1381

1382

1383

[1380] Кваша О. Етика поведінки судді в аспекті національної безпеки України. URL: https://www.pravda.com.ua/columns/2024/11/27/7486513/

[1381] Рішення ВККС від 27.11.2023 №28/ко-23. URL: https://salo.li/aD49B4D

[1382] Рішення ВККС від 29.01.2024 №35/ко-24. URL: https://salo.li/8306113

[1383] Коментар до Кодексу суддівської етики : затверджено рішенням Ради суддів України 04.02.2016. 140 с. URL: https://surl.lt/rxazff

високий авторитет судової влади; 2) етичні правила поведінки судді під час здійснення правосуддя – мають значення та проявляють свою дію у процесі реалізації функцій судової влади і є безпосередньо пов'язаними зі здійсненням суддями покладених на них повноважень; 3) етика позасудової поведінки судді — етичні вимоги, що поширюються на поведінку судді поза виконанням службових обов'язків (у побуті, сімейному житті, відносинах з оточенням тощо)[1384].

Для розуміння того як співвідносяться суддівська доброчесність та суддівська етика важливими є наступні тези. По перше, логічним та послідовним є співвідношення саме суддівської доброчесності та суддівської етики, тобто критеріїв оцінювання, а не базових морально-етичних категорій «доброчесність» та «етика», які вочевидь не збігаються, оскільки доброчесність розглядається як особиста риса, а етика як певні правила та приписи, які формують у особи уявлення про правильність її поведінки та заохочують до цього. По друге, змістовне (атрибутивне) наповнення поняття суддівська доброчесність здійснюється законодавцем, який нормативно визначає мінімально достатній перелік чеснот, якостей і вимог, яким має відповідати суддя та кандидат на посаду судді. Вагому частину з них становлять вимоги щодо дотримання положень антикорупційного законодавства, які переважно будуються навколо конфлікту інтересів. Також законодавець визначає наслідки невідповідності або недотримання зазначених вимог, у тому числі як підстави для притягнення суддів до відповідальності за корупційні та пов'язані з корупцією правопорушення. У той час як відповідний перелік правил та стандартів суддівської етики визначається безпосередньо суддівською спільнотою, яка добровільно бере на себе певні обмеження, які могли би здатися обтяжливими пересічному громадянину, для підвищення авторитету суддівської професії та зміцнення суспільної довіри до судових органів. Крім того, за загальним правилом, порушення таких стандартів не можуть самі по собі застосовуватися як підстави для притягнення судді до відповідальності[1385].

[1384] Етика прокурора, судді, слідчого. *Там само.* С. 94

[1385] В постанові від 17.01.2019 у справі № 11-1010сап18 ВП ВС зазначила, що «встановлення в діях судді ознак порушення правил суддівської етики, передбачених Кодексом, не є достатнім фактором для притягнення його до дисциплінарної відповідальності. Необхідною умовою є те, щоб у діях (бездіяльності) судді було встановлено порушення вимог тих чи інших законів, а норми Кодексу у такому випадку є допоміжним інструментом для обґрунтування підстав притягнення судді до дисциплінарної відповідальності. URL: https://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79472855

Принагідно зауважимо, що стандарти суддівської етики та складові суддівської доброчесності, які визначені у ч. 9 ст. 69 Закону мають спільне концептуальне підґрунтя — Бангалорські принципи поведінки суддів. Водночас антикорупційна складова суддівської доброчесності, яка відчутно домінує над іншими елементами, не є притаманною стандартам суддівської етики, оскільки властива антикорупційним нормам імперативність вступає у суперечність з тими положеннями Кодексу суддівської етики, які є нормами м'якого права (*soft low*)[1386].

Попри це, у Єдиних показниках ці два самостійні критерії фактично об'єднані в один, а ідентичні показники оцінювання унеможливлюють їх розмежування в залежності від критерія. Якщо намагатися збагнути доцільність такого підходу з точки зору тих процедур у яких зазначені критерії застосовуються, можна припустити, що спільний критерій є більш універсальним та зручним для оцінювання суддів та кандидатів, які не є суддями, у процедурах добору та кваліфікаційного оцінювання.

На нашу думку, ігнорування зазначених розбіжностей призводить до нормативної та методологічної плутанини, коли елементи суддівської доброчесності, зокрема дотримання вимог антикорупційного законодавства, безпідставно ототожнюються зі складовими суддівської етики, що ускладнює об'єктивне оцінювання відповідних категорій.

Ілюстрацією цього можуть бути положення ч. 4 ст. 85 Закону «Про судоустрій і статус суддів», які визначають, що має містити суддівське досьє в частині інформації щодо дотримання суддею правил професійної етики та щодо відповідності судді критерію доброчесності. Так, у випадку дотримання суддею правил професійної етики — це відповідність витрат і майна судді та членів його сім'ї, а також близьких осіб задекларованим доходам, у тому числі копії відповідних декларацій, поданих суддею відповідно до законодавства у сфері запобігання корупції; інші дані щодо відповідності судді вимогам законодавства у сфері запобігання корупції; дані щодо відповідності поведінки судді правилам суддівської етики (п. 11). А у випадку відповідності судді критерію доброчесності — це лише відповідність витрат і майна судді та членів його сім'ї задекларованим доходам, у тому числі копії відповідних декларацій,

[1386] У пункті 72 Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам–членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки зазначено, що судді у своїй діяльності повинні керуватися етичними принципами професійної поведінки. Ці принципи можуть містити не лише обов'язки, щодо яких може бути ініційоване дисциплінарне провадження, а й пропонувати правила для суддів щодо їхньої поведінки. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38#Text

1386

поданих суддею відповідно до цього Закону та законодавства у сфері запобігання корупції (п. 12).

При цьому, здійснення суддею або членами його сім'ї витрат, що перевищують доходи такого судді та доходи членів його сім'ї; встановлення невідповідності рівня життя судді задекларованим доходам; непідтвердження суддею законності джерела походження майна, у ст. 106 Закону «Про судоустрій і статус суддів» визначено як форми саме недоброчесної поведінки судді.

Окремо слід зауважити, що Кодекс суддівської етики не використовує формулювання, які містяться у п. 11 ч. 4 ст. 85 Закону, оскільки вони не відповідають ні духу, ні завданням Кодексу. Так, єдина стаття, у якій йдеться про майнові інтереси судді та членів його сім'ї — це стаття 20 Кодексу, яка покладає на суддю обов'язок бути обізнаним про свої майнові інтереси та вживати розумних заходів для того, щоб бути обізнаним про майнові інтереси членів своєї сім'ї.

Отже, для розмежування критеріїв професійної етики та доброчесності, єдиним показником дотримання суддею правил професійної етики варто визначити лише дотримання положень Кодексу професійної етики, що потребуватиме відповідних змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Інша проблема, яку створює об'єднання критеріїв доброчесності та професійної етики у Єдиних показниках полягає у тому, що Закон «Про Вищий антикорупційний суд», у ч. 4 ст. 8 обмежує повноваження ГРМЕ сприянням ВККС у встановленні для цілей кваліфікаційного оцінювання відповідності кандидатів на посади суддів ВАКС виключно критерію доброчесності (моралі, чесності, непідкупності), а саме щодо законності джерел походження майна, відповідності рівня життя кандидата або членів його сім'ї задекларованим доходам, відповідності способу життя кандидата його статусу. Тобто питання відповідності критерію професійної етики залишається поза межами компетенції ГРМЕ та має бути досліджено окремо колегією ВККС згідно з Положенням від 22.01.2025, яке для цього посилається на Єдині показники, якими оцінювання відповідності показникам відокремленого критерію — професійна етика не передбачено.

Також не можна залишити поза увагою той факт, що критерій доброчесності визначений у ч. 4 ст. 8 Закону «Про Вищий антикорупційний суд» від 07.06.2018 № 2447-VIII має інше атрибутивне наповнення, ніж критерій доброчесності, який визначений у ч. 9 ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII. Так, зазначений у ч. 4 ст. 8 Закону «Про Вищий антикорупційний суд» критерій

доброчесності не містить таких показників як незалежність, неупередженість, сумлінність, дотриманні етичних норм, бездоганна поведінка у професійній діяльності та особистому житті (ч. 9 ст. 69 Закону), які є невід'ємними складовими критерію доброчесності та професійної етики у Єдиних показниках. Водночас він містить показник — мораль, який взагалі не згадується ні у ч. 9 ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII, ні у Єдиних показниках.

На нашу думку, вирішення зазначеної проблеми потребує внесення змін у у ч. 4 ст. 8 Закону «Про Вищий антикорупційний суд» від 07.06.2018 № 2447-VIII з метою узгодження її положень з положеннями ч. 9 ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII, а також у Положення від 22.01.2025 з метою регламентації особливостей кваліфікаційного оцінювання здатності суддів (кандидатів на посаду судді) здійснювати правосуддя у ВАКС.

Повертаючись до питання суттєвої відмінності методології оцінювання відповідності критеріям доброчесності та професійної етики, яка ґрунтується на Єдиних показниках, зауважуємо, що конкурсні процедури, у рамках яких здійснюється кваліфікаційне оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді) на здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді, ще тривають, що не дозволяє провести повноцінне узагальнення. Водночас певні проміжні результати такого оцінювання у рамках конкурсу на **зайняття 550 посад суддів апеляційного суду**, **оголошений 14.09.2023**, на нашу думку, є досить репрезентативними та дозволяють виокремити певні тенденції та відмінності від результатів попередніх конкурсів, які проводилися за іншою методологією.

Так, до другого етапу кваліфікаційного оцінювання «Дослідження досьє та проведення співбесіди» допущено 857 кандидатів, з яких: 67 кандидатів до апеляційних адміністративних судів; 83 кандидати до апеляційних господарських судів; 707 кандидатів до апеляційних загальних судів.

За результатами проведення співбесід:

1) 151 кандидат підтвердив здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді (стосовно 59 надійшли висновки ГРД), з яких: 43 кандидати до апеляційних адміністративних судів (стосовно 24 надійшли висновки ГРД); 60 кандидатів до апеляційних господарських судів (стосовно 20 надійшли висновки ГРД); 48 кандидатів до апеляційних загальних судів (стосовно 15 надійшли висновки ГРД).

2) 63 кандидати не підтвердили здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді (стосовно 48 надійшли висновки ГРД), з яких: 24

кандидати до апеляційних адміністративних судів (стосовно 19 надійшли висновки ГРД); 21 кандидат до апеляційних господарських судів (стосовно 15 надійшли висновки ГРД); 18 кандидатів до апеляційних загальних судів (стосовно 14 надійшли висновки ГРД).

3) 6 кандидатів припинили участь у конкурсі у зв'язку з поданням відповідної заяви або непроходженням спеціальної перевірки або отриманням рекомендації для призначення на посаду судді в іншому конкурсі або зупиненням оцінювання (стосовно 3 надійшли висновки ГРД), з яких: 2 кандидати до апеляційних господарських судів (стосовно 1 надійшов висновкок ГРД); 4 кандидати до апеляційних загальних судів (стосовно 2 надійшов висновкок ГРД).

Таким чином, з 220 кандидатів стосовно яких завершено кваліфікаційне оцінювання або які припинили участь у конкурсі висновки ГРД надійшли стосовно 109 кандидатіва. Всього у межах вказаного конкурсу висновки ГРД надійшли стосовно 132 кандидатів, з яких: 1) 59 — підтвердили здатність здійснювати правосуддя у апеляційному суді; 2) 48 — не підтвердили здатність здійснювати правосуддя у апеляційному суді; 3) 2 — припинили участь у конкурсі (за власною заявою або у зв'язку з зупиненням оцінювання); 4) стосовно 23 кандидатів питання не завершено розглядом.

За результатами проведення конкурсу на зайняття 550 посад суддів апеляційних судів, оголошеного 14.09.2023 станом на 29.09.2025 Комісією рекомендовано призначити на відповідні посади 130 переможців.

Серед кандидатів, які не підтвердили здатність здійснювати правосуддя у апеляційному суді — 24 кандидати не підтвердили здатність здійснювати правосуддя у відповідних судах з мотивів невідповідності показникам критеріїв особистої та соціальної компетенції, при цьому 9 кандидатів з мотивів невідповідності показникам критеріїв обох видів компетенції, 6 — тільки показникам критеріїв особистої компетенції та 5 — тільки показникам критеріїв соціальної компетенції. 15 кандидатів не підтвердили здатність здійснювати правосуддя у відповідних судах з мотивів невідповідності показникам критеріїв доброчесності та професійної етики. 1 кандидат не підтвердив здатність здійснювати правосуддя у відповідних судах з мотивів невідповідності показникам критеріїв особистої компетенції та показникам критеріїв доброчесності та професійної етики у сукупності. 1 кандидат не підтвердив здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді з мотивів невідповідності показникам критеріїв одночасно показникам критеріїв особистої і соціальної компетенції та показникам критеріїв доброчесності та професійної етики.

Серед кандидатів, що не підтвердили здатність здійснювати правосуддя в апеляційних адміністративних судах більшість — 14 не відповідають показникам критеріїв особистої і соціальної компетенції. Серед кандидатів, що не підтвердили здатність здійснювати правосуддя в апеляційних господарських судах більшість — 11, не відповідає показникам критеріїв доброчесності та професійної етики.

Отже, аналіз проміжних результатів кваліфікаційного оцінювання на здатність здійснювати правосуддя у апеляційних судах у рамках конкурсу, оголошеного 14.09.2023 свідчить про те, що порівняно з попередніми конкурсами, які проводилися за методологією, визначеною Положенням від 03.11.2016 його особливостями є:

– підвищена вага критеріїв особистої та соціальної компетенції, відповідність яким визначається за результатами дослідження досьє та проведення співбесіди з кандидатом на підставі опитувальника (анкети), який заповнюється кандидатом згідно з показниками, які визначені у Положенні від 22.01.2025, що, порівняно з тестуванням морально-психологічних якостей, розширює дискрецію членів Комісії;

– оцінювання відповідності критеріям доброчесності та професійної етики у суворій відповідності до показників, які визначені у Єдиних показниках та фактично охоплюють індикатори ГРД. При цьому, виходячи з презумпції відповідності кандидата критеріями доброчесності та професійної етики, бали кандидатам визначаються шляхом віднімання від максимальної кількості балів (300), які має кожний кандидат на початку співбесіди. Кандидат не відповідає зазначеним критеріям у разі встановлення невідповідності або наявності обґрунтованого сумніву в його відповідності хоча б одному показнику;

– значна кількість висновків ГРД про невідповідність кандидатів критеріям доброчесності та професійної етики (50%), які потребують особливої процедури «подолання» таких висновків кваліфікованою більшістю пленарного складу, що суттєво сповільнює конкурсні процедури в умовах кадрового дефіциту.

До можливих причин такої кількості висновків ГРД можна віднести: оновлену методологію оцінювання, яка ґрунтується на Єдиних показниках, які у рамках кваліфікаційного оцінювання застосовуються вперше, що потребує певного «калібрування» в ході правозастосування; більший обсяг та деталізація обставин, які характеризують відповідні показники у Єдиних показниках, порівняно з індикаторами ГРД, які застосовуються під час кваліфікаційного оцінювання згідно з Положенням від 03.11.2016; намагання «перестрахуватися», з огляду на те, що завжди існує ризик вчинення кандидатом, щодо якого не було висновку про

невідповідність, девіантних дій, які можуть поставити під сумнів результати його оцінювання.

Висновки. Дослідження проблематики кваліфікаційного оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді), дозволило дійти таких основних висновків, спрямованих на вдосконалення процедури такого оцінювання у процесі правотворчості.

1. Процедура первинного кваліфікаційного оцінювання суддів за своєю спрямованістю та змістовним наповненням була екстраординарною та мала суттєві відмінності від процедури кваліфікаційного оцінювання, передбаченої статтями 83–88 Закону «Про судоустрій і статус суддів», яка передусім є однією з процедур суддівської кар'єри, які заохочують суддів до підвищення кваліфікації та професійного розвитку. Впровадження первинного кваліфікаційного оцінювання фактично стало результатом законодавчого пошуку менш радикальної моделі очищення суддівського корпусу, ніж люстраційні процедури та заходи перевірки суддів, передбачені у Законі України «Про відновлення довіри до судової системи України». Водночас статистичні дані свідчать про те, що процедурою первинного кваліфікаційного оцінювання була охоплена незначна кількість суддів, більшість з яких (77%) пройшли її успішно та підтвердили можливість здійснювати правосуддя у відповідному суді, що викликало сумнів у ефективності зазначеної процедури. Натомість, з урахуванням позиції ВСУ та РСУ, які поставили під сумнів конституційність первинного оцінювання, нерелевантність таких результатів, на нашу думку, може свідчити про суттєві недоліки правового регулювання, що в подальшому було враховано і виправлено у Законі «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02.06.2016 № 1401-VIII.

2. Відновлення суспільної довіри до судової влади потребує консолідованих зусиль всіх учасників суспільних відносин та не може покладатися лише на носіїв судової влади, а тим більше досягатися засобами примусу та тиску. Сумлінне виконання суддями своїх професійних обов'язків та невідворотність відповідальності за недотримання встановлених правил та стандартів правосуддя вочевидь сприяють зміцненню суспільної довіри, водночас не менш вагомий внесок у підвищення авторитету судової влади вносять ті, хто формує суспільну думку, зокрема медіа та громадські організації, і робить це відповідально, з повагою до професії судді.

3. Незважаючи на певні спільні ознаки, кваліфікаційне оцінювання здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді та кваліфікаційне оцінювання відповідності судді

займаній посаді — не є тотожними процедурами. Так, кваліфікаційне оцінювання на відповідність є одноразовою *ad hoc* процедурою, в той час як кваліфікаційне оцінювання на здатність є повторюваним процесом із можливістю проходження суддею необмежену кількість разів; метою кваліфікаційного оцінювання на здатність є визначення найкращих кандидатів на посади суддів апеляційних судів, вищих спеціалізованих судів та Верховного Суду, в той час як мета кваліфікаційного оцінювання на відповідність полягає у визначенні відповідності осіб, які вже володіють статусом судді, на відповідність суддівській посаді; негативним наслідком кваліфікаційного оцінювання на відповідність є звільнення судді з посади, в той час як у випадку із кваліфікаційним оцінюванням на здатність — це лише припинення участі у конкурсі.

4. Внаслідок оновлення чинного законодавства, процедури кваліфікаційного оцінювання суддів на відповідність займаній посаді продовжують проводитися за правилами, які діяли до 30.12.2023, тобто за методологією визначеною Положенням від 03.11.2016 (зі змінами), а кваліфікаційне оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді) на здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді у рамках конкурсних процедур, які проводяться після 30.12.2023 — за методологією визначеною Положенням від 22.01.2025.

Водночас зазначені нормативні акти ВККС містять суттєві розбіжності у методології кваліфікаційного оцінювання. Вказані розбіжності становлять певну проблему у практичній площині, з огляду на те, що відповідно до п. 20-2 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення Закону «Про судоустрій і статус суддів» суддя, який за результатами кваліфікаційного оцінювання у межах конкурсу на посаду судді апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду або судді ВС в межах своєї спеціалізації підтвердив здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді, вважається таким, що пройшов оцінювання та підтвердив відповідність займаній посаді. Вочевидь подібне «прирівнювання» має сенс у разі методологічної узгодженості та певної уніфікації відповідних процедур, що було можливим у рамках однієї нормативної бази.

Натомість, попри методологічну неузгодженість, можливість такого зарахування стала результатом певного компромісу між державою, яка ще у 2015 році взяла на себе зобов'язання провести кваліфікаційне оцінювання суддів на відповідність займаній посаді, і суддями, які перебувають у цій процедурі багато років (деякі не здійснюючи суддівські повноваження). За цей час відбулася суттєва модернізація профільного законодавства, набули подальшого розвитку нові підходи щодо

оцінювання критеріїв компетентності, доброчесності та професійної етики, були сформовані нові органи суддівського врядування, а судді продовжують бути «заручниками» старих процедур.

5. Статистичні дані наочно свідчать про те, що для завершення процедур кваліфікаційного оцінювання на відповідність займаній посаді більше тисячі суддів потрібний значний обсяг часу, який збільшується пропорційно зростанню навантаження на ВККС у зв'язку з одночасним проведенням декількох процедур, спрямованих на заповнення вакантних посад у судах. Водночас з кожним роком відтермінування такого оцінювання висновок про невідповідність судді займаній посаді у зв'язку з подіями, які обумовили початок цієї процедури, потребуватиме більш вагомої аргументації, оскільки навіть люстраційні процедури через десять років вичерпали свій обмежувальний характер. Та втратили сенс.

6. Юридизація абстрактних філософських категорій, зокрема доброчесності, у якості критерія оцінювання відповідності кваліфікаційним вимогам, без конкретизації їх змісту з урахуванням призначення відповідних процедур — позбавлена практичного сенсу, оскільки створює інструмент яким неможливо або дуже складно щось виміряти. Іншими словами має відбутися трансформація ідеального, а тому недосяжного в утилітарне та вимірюване. Фактично йдеться про суддівську доброчесність, яка з усього еталонного масиву чеснот і якостей, які формують ідеальний образ доброчесної людини, виокремлює мінімально достатній перелік тих, які є необхідними саме у суддівській діяльності та слугують показниками відповідності критерію доброчесності для кандидатів на відповідну суддівську посаду. Перелік таких чеснот і якостей, які вказують на відповідність кандидата на посаду судді критерію доброчесності був визначений Законом «Про внесення змін до Закону «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедур суддівської кар'єри» від 09.12.2023 № 3511-IX», а саме: незалежність, чесність, неупередженість, непідкупність, сумлінність, дотриманні етичних норм, бездоганна поведінка у професійній діяльності та особистому житті, законність джерел походження майна кандидата, відповідність рівня життя кандидата на посаду судді або членів його сім'ї задекларованим доходам, відповідність способу життя кандидата його попередньому статусу (ч. 9 ст. 69 Закону).

7. У Єдиних показниках для оцінки критеріїв доброчесності та професійної етики судді (кандидата на посаду судді) ці два самостійні критерії об'єднані в один, а ідентичні показники оцінювання унеможливлюють їх розмежування в залежності від критерія. Якщо намагатися збагнути

доцільність такого підходу з точки зору тих процедур у яких зазначені критерії застосовуються, можна припустити, що спільний критерій є більш універсальним та зручним для оцінювання суддів та кандидатів, які не є суддями, у процедурах кваліфікаційного оцінювання.

Водночас ігнорування зазначених розбіжностей призводить до нормативної та методологічної плутанини, коли елементи суддівської доброчесності, зокрема дотримання вимог антикорупційного законодавства, безпідставно ототожнюються зі складовими суддівської етики, що ускладнює об'єктивне оцінювання відповідних категорій

8. Для розмежування критеріїв професійної етики та доброчесності, єдиним показником дотримання суддею правил професійної етики варто визначити лише дотримання положень Кодексу професійної етики, що потребуватиме відповідних змін до Закону «Про судоустрій і статус суддів».

9. З огляду на те, що критерій доброчесності визначений у ч. 4 ст. 8 Закону «Про Вищий антикорупційний суд» має інше атрибутивне наповнення, ніж критерій доброчесності, який визначений у ч. 9 ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів», а саме — не містить таких складових як незалежність, неупередженість, сумлінність, дотриманні етичних норм, бездоганна поведінка у професійній діяльності та особистому житті; водночас містить показник — мораль, який взагалі не згадується ні у ч. 9 ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів», ні у Єдиних показниках, є нагальним питання щодо внесення змін у ч. 4 ст. 8 Закону «Про Вищий антикорупційний суд», з метою узгодження її положень з положеннями ч. 9 ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів», а також у Положення від 22.01.2025 для регламентації особливостей кваліфікаційного оцінювання здатності суддів (кандидатів на посаду судді) здійснювати правосуддя у ВАКС.

10. Аналіз проміжних результатів кваліфікаційного оцінювання на здатність здійснювати правосуддя у апеляційних судах у рамках конкурсу, оголошеного 14.09.2023 свідчить про те, що порівняно з попередніми конкурсами, які проводилися за методологією, визначеною Положенням від 03.11.2016 його особливостями є:

– підвищена вага критеріїв особистої та соціальної компетенції, відповідність яким визначаються за результатами дослідження досьє та проведення співбесіди з кандидатом на підставі опитувальника (анкети), який заповнюється кандидатом згідно з показниками, які визначені у Положенні від 22.01.2025, що, порівняно з тестуванням морально-психологічних якостей, розширює дискрецію членів Комісії;

– оцінювання відповідності критеріям доброчесності та професійної етики у суворій відповідності до показників, які визначені у Єдиних показниках та фактично охоплюють індикатори ГРД. При цьому, виходячи з презумпції відповідності кандидата критеріями доброчесності та професійної етики, бали кандидатам визначаються шляхом віднімання від максимальної кількості балів (300), які має кожний кандидат на початку співбесіди. Кандидат не відповідає зазначеним критеріям у разі встановлення невідповідності або наявності обґрунтованого сумніву в його відповідності хоча б одному показнику;

– значна кількість висновків ГРД про невідповідність кандидатів критеріям доброчесності та професійної етики (50%), які потребують особливої процедури «подолання» таких висновків кваліфікованою більшістю пленарного складу, що суттєво сповільнює конкурсні процедури в умовах кадрового дефіциту.

Розділ 5. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ВЕРХОВНОГО СУДУ: ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА СУЧАСНИЙ СТАН

Оксана ЧАПЛЮК,
кандидат юридичних наук, доцент
Київський столичний університет імені Бориса Грінченка
доцент кафедри публічного права

ORSID: https://orcid.org/0000-0002-1675-1875

Анотація. У науковому підрозділі дослідження йдеться про актуальність теми, що присвяченна з'ясуванню особливостей правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України в контексті Верховного Суду, зокрема в аспекті ретроспективних і перспективних засад її здійснення. Автором акцентується увага на гострій науковій та практичній необхідності здійснення відповідного дослідження, що зумовлено сукупністю факторів суб'єктивного та об'єктивного характеру, до яких належать: динамічність та інтенсивність державно-правової дійсності, необхідність посилення правового регулювання організаційних та діяльнісних засад судами загальної юрисдикції, посилення євроінтеграційних напрямів українського суспільства, в тому числі і сфери правосуддя, сприяння формуванню єдності судової практики.

В підрозділі наукового дослідження узагальнено погляди вчених щодо необхідності, проблем, перспектив та стану правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України, в тому числі Верховного Суду. На підставі чого доведено фрагментарність наукових досліджень виокремленої тематики, нестабільність правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції, динамічність розвитку законодавства у сфері правосуддя, неефективність проведених реформ у сфері судової гілки влади.

Окрема увага автора спрямована на здійснення ретроспективного та сучасного стану правового регулювання функціонування судів загальної юрисдикції через призму аналізу нормативно-правової бази щодо здійснення ними судової правотворчості. Це надало змогу здійснити періодизацію правового регулювання судової праовтворчості судів загальної юрисдикції України в контексті Верховного Суду шляхом викоремлення конкретних періодів історії становлення та розвитку правового

регулювання судової правотворчості судами загальної юрисдикції України як об'єкту наукового дослідження.

Ключові слова: судова гілка влади, правосуддя, суди загальної юрисдикції, судова влада, суд, судочинство, Верховний Суд, правове регулювання, правотворчість, судова правотворчість, правотворча діяльність, реформа, судова реформа, реформування, нормативно-правова база, законодавство, система законодавства

Oksana CHAPLIUK,

LEGAL REGULATION OF JUDICIAL LAWMAKING BY THE SUPREME COURT: HISTORY OF DEVELOPMENT AND CURRENT STATUS

Abstract. The scientific section of the study discusses the relevance of the topic, which is devoted to clarifying the peculiarities of legal regulation of judicial law-making by courts of general jurisdiction in Ukraine in the context of the Supreme Court, in particular in terms of the retrospective and prospective principles of its implementation. The author emphasizes the acute scientific and practical need for such research, which is determined by a combination of subjective and objective factors, including: the dynamism and intensity of state and legal reality, the need to strengthen the legal regulation of the organizational and operational principles of courts of general jurisdiction, the strengthening of European integration trends in Ukrainian society, including in the sphere of justice, and the promotion of unity in judicial practice.

The section of the scientific study summarizes the views of scholars on the necessity, problems, prospects, and state of legal regulation of judicial law-making by courts of general jurisdiction in Ukraine, including the Supreme Court. On this basis, the fragmentary nature of scientific research on the selected topic, the instability of legal regulation of judicial law-making by courts of general jurisdiction, the dynamic development of legislation in the field of justice, and the ineffectiveness of reforms in the judicial branch of government are demonstrated.

The author pays particular attention to the retrospective and current state of legal regulation of the functioning of courts of general jurisdiction through the prism of analysis of the regulatory framework for their judicial law-making. This made it possible to periodize the legal regulation of judicial law-making by courts of general jurisdiction in Ukraine in the context of the Supreme Court by identifying specific periods in the history of the formation and development of the legal regulation of judicial law-making by courts of general jurisdiction in Ukraine as an object of scientific research.

Key words: judicial branch of government, justice, courts of general jurisdiction, judicial power, court, judicial proceedings, Supreme Court, legal regulation, law-making, judicial law-making, law-making activity, reform, judicial reform, reforming, regulatory framework, legislation, legislative system.

Одним із важливих питань будь-якого наукового дослідження є з'ясування історичних закономірностей виникнення, функціонування та розвитку певного процесу, явища та категорії. Зокрема, з'ясування особливостей правового регулювання судової правотворчості суддів загальної юрисдикції України в контексті ВС також викликають значний науковий інтерес в аспекті дослідження, адже мають власні закономірності зародження, функціонування та потребують шляхів вдосконалення. Зважаючи на динамічність навколишньої реальності, зокрема інтенсивність розвитку державно-правової дійсності, продуктивність комунікативних взаємодій суб'єктів суспільних відносин між собою, так і їх співіснування з соціумом, продовження військових дій на території України, європеїзація українського простору постає гостра потреба в науковому обґрунтуванні, а особливо в переосмисленні аспектів правового регулювання значного кола суспільних відносин.

Не є виключенням з огляду на зазначене, і суспільні відносини пов'язані із здійсненням правосуддя в нашій державі, а особливо в контексті дослідження історичних аспектів та сучасного стану правового регулювання судової правотворчості суддів загальної юрисдикції України в контексті ВС. Справедливим науковим твердженням є те, що сучасне формування судової правотворчості України у відповідності з міжнародними, зокрема європейськими правовими стандартами, є процесом складним та багатофункціональним, а тому потребує як глибокого наукового аналізу правової дійсності, так і виявлення основних тенденцій її розвитку[1387].

На нашу думку, назрілість необхідності у з'ясуванні питань правового регулювання здійснення правосуддя в цілому, а також в контексті здійснення судової правотворчості судами загальної юрисдикції України в контексті ВС зумовлено і самою природою та функціональним призначенням судової гілки влади. Судова влада є особливою гілкою державної влади, яка здійснюється судами, і призначення якої,

[1387] Белінська С. М. Судова правотворчість як особливий вид правотворчості. С. 10–12. URL: https://dspace.uzhnu.edu.ua/server/api/core/bitstreams/1acc6c0b-6305-4a19-9c61-5263c6c73fae/content

1387

є розв'язання правових конфліктів та здійснення судового контролю. Тобто це єдина гілка державної влади, на яку покладається важливе завдання щодо здійснення правосуддя в державі, забезпечення прав та свобод людини і громадянина, розв'язання державно-правових конфліктів, відновлення справедливості.

Так, на думку І. Є. Туркіної сфера діяльності судової влади в першу чергу відрізняється основними функціями, а також специфічністю завдань, які держава ставить перед судовими органами. Ці завдання і функції є загальними для всієї структури судової влади, висловлюють судову політику, єдину для всіх ланок судових органів, і визначають їх компетенцію. Продовжуючи далі, вчена звертає увагу на те, що до однією із основних проблем реалізації судової влади можна віднести недосконаліть законодавства та недостатність правового регулювання діяльності органів судової влади, а також недостатні матеріальні, а почасти й правові гарантії для забезпечення суду гідного місця у здійсненні влади[1388].

На особливу функціональну роль судової влади вказує й інший вчений А. Л. Борко, зазначаючи на тому, що судовій владі властива своя специфіка, обумовлена особливою природою, характером і змістом відносно інших гілок державної влади. До того ж судова влада являє собою важливий елемент системи стримувань і противаг, що має збалансовувати та врівноважувати діяльність законодавчої та виконавчої державної влади, вирішувати справи не лише приватного, але й державного характеру. Крім цього, судова влада відіграє важливу роль для забезпечення однакового застосування правового регулювання, здійснює інтерпретаційно-правову діяльність, направлену на повне і всебічне тлумачення Конституції та законів України, що сприяє запобіганню виникнення протиріч у компетенції та повноваженнях різних органів державної влади.[1389] Значна увага на питаннях правового регулювання звертається і А. А. Стрижаком, який вказує на взаємозв'язок правового регулювання і якості здійснення правосуддя. Так, на думку вченого, правові питання щодо правового регулювання діяльності щодо організаційного забезпечення судів загальної юрисдикції перебувають в єдиній площині з вирішенням проблем підвищення загального рівня якості правосуддя в державі[1390].

[1388] Туркіна І. Є. Сутність судової влади як особливої сфери державної діяльності. *Публічне управління: теорія та практика*. 2011. № 2 (6). С. 31–32.

[1389] Борко А. Л. Сутність і ознаки інституту судової влади. *Вісник Харківського національного ун-ту внутр. справ.* 2011. № 4 (55). С. 8–9.

[1390] Стрижак А. А. Державне управління забезпеченням діяльності судів загальної юрисдикції : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07 ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ, 2005. С. 147.

Таким чином, можемо констатувати, що сучасні трансформаційні процеси, які відбуваються в цілому, так і в межах українського суспільства в аспекті реформування значного кола сфер державної, економічної, політичної та іншої діяльності, а в тому числі і судової системи, неможливі без належного рівня правового регулювання.

Окрім того, незважаючи на достатньо тривалий історичний процес зародження та функціонування судової системи існуюча сьогоденність юридичної науки та практики потребує розробки нових та переосмислення існуючих підходів щодо наявних вимог, тобто засад правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України в контексті ВС. Зокрема, дослідження стану правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України зумовлено певними чинниками суб'єктивного та об'єктивного характеру:

– по-перше, природою, сутністю та змістом судової гілки влади, а також її функціональним призначенням;

– по-друге, динамікою розвитку значного кола суспільних відносин, що супроводжується реформуванням та вдосконаленням діяльності судів загальної юрисдикції, в тому числі і ВС;

– по-третє, необхідністю розвитку права, подолання законодавчих прогалин та формування єдності правозастосовної практики;

– по-четверте, необхідністю протидії незаконному винесенню рішень судами загальної юрисдикції.

Ще одним ключовим аспектом на сучасному етапі діяльності судів загальної юрисдикції є значне поширення, а таким чином і зростання ролі судової практики, що являє собою результат судової діяльності щодо однакового застосування закону. Адже на думку В. Є. Мусієвського, саме судова правотворчість знаходить своє відображення в судових прецедентах і судовій практиці.[1391] В свою чергу Г. П. Тимченко та Ю. Ю. Рябченко переконують, що сучасне судочинство, у сфері правозастосовної практики, повинно ґрунтуватись на передових апробованих судовою практикою правових позиціях як правотлумачного процесу, так і процесу застосування правових аналогій та судової правотворчості, які поступово закладають основи прецедентної моделі сучасного правосуддя в Україні. Подолання законодавчих прогалин за рахунок судової правотворчості, сьогодні є завданням всіх загальних судів. В той же час, такі випадки доволі часто містять виключну правову проблему і її

[1391] Мусієвський В. Є. Правотворчість судової влади: перспективи впровадження в Україні. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права.* 2012. Вип. 8. С. 26. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp_2012_8_9

розв'язання судом, зокрема і ВП ВС забезпечує як розвиток права, так і формування єдиної правозастосовної практики. Такі правові позиції набувають імперативного статусу, і по суті стають обов'язковими у правозастосовній сфері цивільного судочинства. Таким чином, в Україні поступово формується прецедентна модель цивільного судочинства[1392]. Схожої точки зору дотримується і Д. М. Ясинок стверджуючи, що процесуальну першість у сфері «судової правотворчості» займає ВП ВС, оскільки лише вона вирішує всі питання, які підпадають під визначення «виключної правової проблеми», якою «забезпечується розвиток права» з одного боку та формується єдина правозастосовна практика з іншого[1393].

Слід звернути увагу на те, що динаміка всіх сфер життєдіяльності суспільства значною мірою спонукає до активності всіх інститутів державної влади та соціуму, в тому числі і активізації діяльності судової гілки влади. Саме в цьому аспекті має забезпечуватися належний рівень правового регулювання судової правотворчої діяльності судів загальної юрисдикції, з одного боку, а з іншого боку має здійснюватися абсолютний рівень відповідності цього правового регулювання тим об'єктивним умовах розвитку, в яких перебуває сучасна держава та суспільство. Досить слушно на користь дослідження історичних аспектів функціонування будь-якого явища, а в тому числі і становлення та розвитку правового регулювання судової гілки влади, зауважує і О. З. Хотинська-Нор. Вчена стверджує, що дослідження історії розвитку тих чи інших правовідносин, інституцій, процесів у контексті певного історичного періоду дає змогу проаналізувати та оцінити особливості їх формування, ґенези та сучасного формату. Тому щоб зрозуміти природу подій, які відбуваються нині у сфері судової системи Україні, варто зазирнути в минуле, що надасть змогу продемонструвати динаміку інститутів судової влади з урахуванням існуючих у певний історичний період розвитку української державності ідей, а також характеристики українського суспільства як соціального середовища, в якому функціонує судова система[1394].

[1392] Тимченко Г. П., Рябченко Ю. Ю. Судова правотворчість як основа прецедентної моделі цивільного судочинства України. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2022. № 6. С. 155.

1393

[1393] Ясинок Д. М. Судова правотворчість як спосіб подолання законодавчих прогалин та виключна правова проблема в правозастосовчому процесі цивільного судочинства України. *Київський часопис права.* 2023. №1. С. 101. URL: https://ir.kneu.edu.ua/server/api/core/bitstreams/6c45e2ac-7c5b-4bdb-85a6-4b8e9752f3d2/content

[1394] Хотинська-Нор О. З. Значення Концепції судово-правової реформи в Україні 1992 року у реформуванні судової системи. Погляд крізь час. *Вісник Академії адвокатури України.* 2015. Т. 12. № 3 (34). С. 6.

Тому одним із важливих питань на сучасному етапі розвитку юридичної науки та юридичної практики в контексті правотворчої та правозастосовної діяльності є здійснення дослідження історичних аспектів та сучасного стану правового регулювання судової правотворчості загальної юрисдикції України в контексті ВС.

Виходячи із зазначеного вище, в межах тематики підрозділу монографічного дослідження вважаємо за необхідне:

– узагальнити погляди вчених щодо правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України в контексті ВС;

– з'ясувати особливості зародження та подальшої динаміки правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України в контексті ВС;

– виокремити періодизацію історії розвитку правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України в контексті ВС як об'єкту наукового дослідження.

Проголошення незалежності України стало тим відліком у часі в межах якого молода незалежна держава відкрила нову сторінку історії свого становлення та розвитку. Україна взяла курс на визнання принципу верховенства права, побудову держави зміст і спрямованість діяльності якої визначають права і свободи людини та їх гарантії. Це зумовило необхідність створення дієвого механізму захисту прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина. Особливе місце в зазначеному механізму посіли суди, основною функцією яких було здійснення правосуддя, ефективність і справедливість якого багато в чому залежить від правильності побудови та діяльності судової системи в державі[1395].

Проголошення незалежності України стало початком побудови судової системи та покладення на неї обов'язку здійснення правосуддя засновуючись на загальнолюдських та загально-правових засадах із дотриманням вимог закону. Саме прийняття Акта проголошення незалежності України[1396] та Декларації про державний суверенітет України[1397] стало правовою основою становлення самостійності України, її державності, самобутності на принципах демократизму, верховенства права та верховенства закону. Зокрема саме Декларацією про державний

[1395] Калашник О. А. Правовий статус загальних місцевих судів в Україні : дис. … канд. юрид. наук. 12.00.10. Одеса. 2016. С. 4.

[1396] Про проголошення незалежності України : постанова Верховної Ради Української РСР від 24.08.1991. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1427-12

[1397] Декларація про державний суверенітет України від 16.07.1990. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/55-12

1396

1397

суверенітет України було закріплено, а таким чином визначено принцип розподілу державної влади в Республіці на законодавчу, виконавчу та судову. Таким чином постала необхідність у розбудові нової судової системи в Україні та розробки і прийняття необхідних нормативно-правових актів, що і склали основу подальшого її правового забезпечення. Слід звернути увагу на те, що розбудова нової судової системи викликала безліч жвавих, а часто навіть гострих дискусій в науковому колі, які стосувалися різноманітних сторін діяльності органів судової гілки влади. Предметом грунтовних дискусій стали питання щодо природи, сутності та значення судової практики як результату діяльності органів судової влади, природи, значення та місця судового прецеденту в правовій системі України[1398]. Таким чином окремої наукової уваги щодо правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України приділено не було. Тому з'ясування наукового потенціалу щодо питання правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України можливо здійснити в площині наукових поглядів вчених, які в цілому досліджували особливості правового забезпечення здійснення правосуддя органами судової гілки влади, так і в межах питань щодо правового регулювання судової практики в Україні, в цілому.

Слід звернути увагу, що перебуваючи у складі Радянського Союзу в українській науковій правовій доктрині, зокрема теорії держави і права склалися усталені підходи щодо розуміння тих, чи інших правовий категорій, явищ та процесів, які були характерними для того періоду, і зумовлювалися ідеологією Радянського Союзу. Хоча прийняття незалежності Україною і вимагало переосмислення та формування нових підходів та шляхів в контексті здійснення державотворення та правотворення, однак відійти від догматичної ідеології було вкрай важко. Беззаперечним є той факт, що з прийняттям незалежності України перед нею та громадянським суспільством постало ряд гострих питань, які потребували негайного вирішення, а особливо в контексті судової системи.

Так, Т.В. Росік стверджує, що дослідження теоретико-правових аспектів ролі судової правотворчості в України обумовлюється станом ефективності правового регулювання, що потребує вдосконалення, в

[1398] Беляневич В. Е. Новітня кодифікація та судова практика. *Вісник господарського судочинства.* 2004. № 2. С. 226–231 ; Зміївська С. С. Судова практика як джерело формування та розвитку права (загальнотеоретичний аналіз) : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». Харків, 2012. 18 с. ; Кисіль В. Судова практика як чинник розвитку норм та інститутів міжнародного приватного права. *Вісник Верховного Суду України.* 2001. № 3. С. 28–30.

тому числі і шляхом їх синхронізації та посилення взаємозв'язку між правотворчістю та судовою практикою[1399]. Сущенко В. М. звертає увагу на іншу проблематику правового регулювання діяльності судів, зазначаючи на тому, що протягом минулих років існування держави законодавча гілка влади неодноразово здійснювала нормативно-правові заходи щодо реформування судової влади, що отримали в суспільстві назви «великої» і «малої» судових реформ. Ці заходи стосувались як змін до процесуального законодавства, включаючи ухвалення нових процесуальних кодексів України, так і змін організаційної структури органів судової влади та статусу суддів[1400]. На думку В.І. Ямкового, правотворчість суду значною мірою пов'язана з тлумаченням права і заповненням прогалин у праві. Межі судової правотворчості мають бути чітко визначені та передбачені законом[1401]. Вчений не акцентує увагу на позитивних чи негативних тенденціях правового забезпечення судової правотворчості судів загальної юрисдикції України, а лише звертає увагу на гостру необхідність існування законодавства, яке б регламентувало процес здійснення правосуддя в контексті чіткого визначення меж здійснення повноважень відповідними судовими органами. Хоча в поглядах вчених і не акцентується увага на проблемах правового регулювання в зазначеній сфері, однак спонтанність і хаотичність в процесі реформування судової влади обумовлена непродуманими та нелогічними шляхами, а це, на нашу думку, вказує і на низький рівень правового забезпечення здійснення реформування у відповідній сфері.

Враховуючи основні напрями наукових досліджень різноманітних вчених та зміст їх концептуальних ідей щодо правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції і в контексті Верховного Суду слід зазначити наступне:

– по-перше, наукові дослідження питань правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України мають на сьогодні певний епізодичний характер і, як правило, розкриваються в межах окремих наукових робіт, які присвячені дослідженню тих чи

[1399] Росік Т. В. Роль судової практики в сучасній правотворчості : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Нац. педагогічний ун-т імені М.П. Драгоманова. 2016. С. 4.

[1400] Сущенко В. М. Реформування судової влади: комплексний підхід. *Наукові записки.* 2015. Т. 168. Юридичні науки. С. 15. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/7782/Sushchenko_Reformuvannia_sudovoi.pdf

1400

[1401] Ямковий В. І. Впровадження судового прецеденту як необхідний елемент гармонізації законодавства України з європейськими правовими системами. *Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження».* 2009. № 2. С. 27.

інших аспектів суддівської діяльності. Це пояснюється тим, що питання правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України в контексті ВС характеризуються певним абстрактним рівнем дослідження, тобто через призму наукового дослідження питань, які мають дотичний до правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України характер;

– по-друге, відсутність комплексних наукових досліджень питань правового регулювання правотворчості суддів загальної юрисдикції України зумовлена «нестабільністю» правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України, адже проведення систематичних правових реформ судової влади за усі роки незалежності України свідчить про два моменти: — розвиток суспільних відносин у відповідній сфері, що зумовлює постійну потребу в удосконаленні судової влади в Україні; недоведеність жодної із реформ до повної реалізації, у зв'язку з чим судова влада в Україні перебуває в «статусі» систематичної реформації;

– по-третє, епізодичність, а місцями і незавершеність наукових поглядів зумовлена частими змінами законодавства та проведенням змінюючих одна одну реформ, які не лише не вирішували попередніх проблем, а лише їх ускладнювали. Тим самим це зумовлювало і значну критику серед науковців, зміст якої в основному складали наукові погляди щодо недосконалих положень того чи іншого прийнятого нормативно-правового акту. Таким чином, в цілому, аспекти правового регулювання науковцями не досліджувалися, а лише присвячувалися проблемним моментам, тобто «слабким», а тому і недосконалим положенням нормативно-правових актів, які приймалися відповідно з проведедням чергової реформи у сфері правосуддя;

– по-четверте, відсутність єдиної концепції у поглядах вчених щодо питань правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України в контексті ВС зумовлена тим, що в основному погляди вчених зосереджувались здебільшого на аналізі практичних, організаційних та інституційних аспектах функціонування судової влади України та подальших засад її удосконалення.

Таким чином необхідність дослідження правового регулювання судової влади в Україні, здійснення нею правосуддя, формування судової практики є предметом дослідження значного кола вчених. В продовження дослідження цілком логічним буде виокремлення системи нормативно-правових актів забезпечення функціонування судів загальної юрисдикції в контексті Верховного Суду щодо здійснення судової правотворчості.

Зважаючи на тривалий історичний процес становлення незалежності України сучасна система правового забезпечення функціонування апарату судів загальної юрисдикції являє собою значний масив різноманітних за юридичною силою, формою і сферою дії нормативно-правових актів. Однак, з метою з'ясування генези правового регулювання судової правотворчості судів загальної юрисдикції України, а саме ВС необхідно визначити межі періоду, в яких відбувалося становлення відповідного правового регулювання та визначити особливості його сучасного стану. Як нами вище уже зазначалося, що саме становлення незалежності України стало початком побудови нової правової системи та системи законодавства, що визначили правові засади становлення та розвитку значного кола суспільних відносин, в тому числі і у сфері здійснення правосуддя судами України, що триває і до сьогодення. Тому виокремлення відповідного періоду надасть змогу уявити загальну картину щодо особливостей генези та сучасної динаміки стану правового регулювання судової правотворчості, а саме ВС.

Враховуючи довготривалий період перебування України у складі Радянського Союзу, логічно, що з набуттям незалежності значна частина нормативно-правових актів відповідно перейшла у спадок шляхом правонаступництва. Водночас це зумовило, і певним чином, і прискорило розробку національного законодавства в цілому, та визначення правових засад формування судової влади на теренах незалежної України. Постала одна із основних задач — це формування незалежної та самостійної судової влади, що можливо лише за наявності нормативно-правової бази, із визначенням основоположних принципів її функціонування. Незаперечним є те, що правовою першоосновою цього стало прийняття Декларації про державний суверенітет України від 16.07.1990 та Акта проголошення незалежності України від 24.08.1991. Варто відзначити, що перші роки незалежності України основу правового регулювання судової влади складав Закон УРСР «Про судоустрій України» від 05.06.1981. У відповідність чинної на той час Конституції УРСР та з метою реформування судових органів і законодавства про судоустрій було прийнято Закон Української РСР «Про арбітражний суд» від 04.06.1991 положеннями якого було запроваджено систему арбітражних судів в Україні. Зокрема зміст ст. 12 визначав повноваження, першість серед яких надавалася вивченню та узагальненню практики застосування судового законодавства, аналізу статистики вирішення господарських спорів, дачі роз'яснень арбітражним судам з питань практики застосування законодавства УРСР,

яке регулює відносини в господарській сфері[1402]. Таким чином природа виокремлених повноважень мала певний правотворчий напрямок, а тому і вказує на можливість здійснення відповідними судами правотворчості.

Активна робота з формування вітчизняного законодавства у сфері правосуддя ознаменувалася прийняттям Концепції судово-правової реформи, яка була схвалена Постановою Верховної Ради України 28.04.1992. Саме Концепція судово-правової реформи в Україні відповідно і поклала початок реформуванню судової системи в Україні. На думку О. З. Хотинської-Нор це справді був перший глибоко продуманий, концептуальний документ, в якому прослідковуються системний підхід до питання реформування судової системи держави та використання наукової методології[1403]. Концепцією було сформовано основні принципи судово-правової реформи, що перебачали розмежування повноважень гарантувати самостійність і незалежність судових органів від впливу законодавчої і виконавчої влади, гарантування право громадянина на розгляд його справи компетентним, незалежним і неупередженим судом, створення такого судочинства, яке максимально гарантувало б право на судовий захист, рівність громадян перед законом, створило б умови для дійсної змагальності і реалізації презумпції невинності; було визначено нові засади правового статусу суддів; передбачено особливості формування органів судової влади. Важливим кроком передбачалося запровадження адміністративного судочинства шляхом створення адміністративних судів[1404].

Як бачимо, реформою було передбачено низку важливих заходів та принципів, які забезпечували незалежність та самостійність судової гілки влади та подальше створення системи законодавства про судоустрій, що надало б змогу досягти відповідних завдань. Разом з тим, можна стверджувати, що саме Концепцією передбачалося створення загальних та арбітражних судів з чітко визначеною компетенцією, що забезпечувало реалізації їх повноважень, в тому числі і правотворчих повноважень. Таким чином, визначалися нові підходи до побудови та організації системи суддів загальної юрисдикції, зокрема запровадження

1402

[1402] Про арбітражний суд : Закон УРСР від 04.06.1991. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1142-12/ed19910604

1404

[1403] Хотинська-Нор О. З. Значення Концепції судово-правової реформи в Україні 1992 року у реформуванні судової системи. Погляд крізь час. *Там само.* С. 8.

[1404] Про Концепцію судово-правової реформи в Україні : постанова Верховної Ради України від 28.04.1994. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2296-12

спеціалізації суддів, створення судових колегій у судах обласного рівня та ВС, а також утворення нових ланок судів: Вищий апеляційний суд, адміністративні суди, суди з розгляду сімейних справ, у справах неповнолітніх.

Однак, досягти всіх передбачених Концепцією завдань не вдалося, що на наше переконання, було зумовлено різного роду об'єктивними та суб'єктивними чинниками, зокрема соціально-економічного, правового та політичного характеру. Переважною точкою зору серед науковців щодо основних недоліків Концепції є відсутність строків реалізації визначених нею завдань. Так, найбільш очевидним недоліком було відсутність строків реалізації передбачених Концепцією заходів, що перетворило її на суто ідеологічний документ, що позбавило шансів її на повну та послідовну реалізацію, саме тому Концепція пішла шляхом фрагментарних змін діючого на той час законодавства[1405].

Незважаючи на певні недоліки, на наше переконання, відповідний документ все таки став тією основою, що забезпечив становлення та подальший розвиток судової системи України, а також започаткував становлення правового регулювання судової системи в Україні. У відповідність до визначенх Концепцією завдань протягом наступних двох років приймається система нормативно-правових актів, які визначають організацію та функціонування судової системи України. Так, було прийнято Закон України «Про Конституційний Суд України» від 03.06.1992 та Закон України «Про статус суддів» від 15.12.1992.

Продовжував свою дію Закон УРСР «Про судоустрій України» від 05.06.1981 відповідно зміни до якого було внесено 24.02.1994, однак чинним він був до 2002 р. Ними передбачалося перейменування народних судів на (районі) міські, а також до їх підвідомчості почали відноситися і справи про адміністративні правопорушення. Важливе значення для з'ясування правотворчої діяльності судами загальної юрисдикції відіграло положення закріплене ст. 40 відповідного закону. Зокрема передбачалося, що ВСУ вивчає і узагальнює судову практику, аналізує судову статистику і дає керівні роз'яснення судам у питаннях застосування республіканського законодавства, шо виникають при розгляді судових справ. Керівні роз'яснення Пленуму ВСУ є обов'язковими для судів, інших органів і службових осіб, шо застосовують закон, по якому дано роз'яснення. Також нормативними положеннями закону передачалося, що систему судів загальної юрисдикції складали місцеві суди,

[1405] Хотинська-Нор О. З. Значення Концепції судово-правової реформи в Україні 1992 року у реформуванні судової системи. Погляд крізь час. *Там само.* С. 9–10.

апеляційні суди, вищі спеціалізовані суди та ВСУ[1406]. Таким чином відповідними змінами було втілено реалізацію принципу щодо поділу органів юрисдикції на загальну та конституційну, а також нормативне визначення статусу обов'язковості роз'яснень Пленуму ВСУ певним чином вказувало на правотворчу діяльність ВСУ.

Зокрема положеннями Закону України «Про статус суддів» від 15.12.1992 було визначено, що судді є посадовими особами державної влади, які в конституційному порядку наділені повноваженнями здійснювати правосуддя і виконувати свої обов'язки на професійній основі[1407]є Однак, незважаючи на те, що відповідним законом логічно було б передбачити і повноваження суддів, натомість лише визначено, що судді мають необхідні для здійснення правосуддя повноваження передбачені, законами України. З моменту здобуття Україною незалежності постанови Пленуму ВСУ не тільки не втратили своєї значущості, а й почали відігравати більш вагому роль у процесі здійснення правосуддя через велику кількість прогалин в законодавстві та наявність формулювань, які дають підстави двояко тлумачити їх зміст[1408].

Наступним важливими кроком в становленні судової системи України стало прийняття Конституції України в 1996 р., у зв'язку з чим втратила чинність Постанова Верховної Ради України «Про Концепцію судово-правової реформи». Конституція стала подальшим фундаментом створення та розвитку законодавства про організації та функціонування судової системи в Україні. Важливість Основного Закону в процесі подальшого розвитку судової системи полягала в тому, що саме вона визначила подальші основи організації та функціонування системи судів загальної юрисдикції у відповідності до принципів спеціалізації та територіальності, та в цілому забезпечила створення нової системи судоустрою та визначила нові напрями і засади розвитку судочинства. Недооцінка важливості прийняття Конституції України в цілому, а також щодо становлення судової системи є неможливою, адже як зазначає Р. О. Куйбіда Конституція України стала найрадикальнішим документом у сфері судової реформи[1409]. Нормативному визначенню

1406

1407

[1406] Про судоустрій України : Закон УРСР від 05.06.1981 № 2022-X. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2022-10

[1407] Про статус суддів : Закону України від 15.12.1992. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2862-12/ed19940202

[1408] Ямковий В. І. *Там само.* С. 27.

[1409] Куйбіда Р. О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи : монограф. Київ : Атіка, 2004. С. 20.

важливих та принципових засад судової системи України присвячено окрему увагу, зокрема Розділ VIII «Правосуддя» та Розділ XII «Конституційний Суд України» Конституції. Так, декларується, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини в державі, повноваження судів окреслюються виключно здійсненням ними правосуддя; визначається правовий статус суддів та принцип територіальності та спеціалізації судочинства, а таким чином виокремлення двох гілок судової влади — загальної та конституційної юрисдикції. Перша представлялась загальними та спеціальними судами, а інша КСУ[1410].

Однак, незважаючи на всю прогресивність та демократичність положень Конституції України щодо судової системи, на думку О. З. Хотинської-Нор, все-таки низка основних положень зазнала значної критики. Особливу увагу вчена звернула на нечіткість визначень, які вона містила із зазначенням того, що цілком логічним є те, що з однієї сторони Конституція України як основоположний акт окреслювала лише загальні засади організації і функціонування судової влади, переносячи тягар деталізації та конкретизації у площину регулювання спеціального законодавства. З іншої сторони це давало можливість для маневрування та маніпулювання у процесі подальшого реформування судової системи[1411]. У відповідність до визначених конституційних положень розпочалася активна робота з прийняття спеціальних законів у сфері судочинства.

Наступним важливим кроком у правовому регулюванні організації та діяльності судових органів стало прийняття низки законів, якими вносилися зміни до чинних нормативно-правових актів, зокрема в науці та на практиці внесення відповідних змін дістало назву «мала судова реформа». Однією із важливих підстав для запровадження «малої судової реформи», за словами О. З. Хотинської-Нор стало закінчення строку дії Перехідних положень Конституції України, які на п'ять років відтермінували втілення конституційних норм, що передбачали цілком нову для країни модель судоустрою. Критичною була дата 28.06.2001[1412]. Отже, протягом п'яти років після прийняття Конституції України передбачалося створення нової судової системи у відповідність до положень

[1410] Конституція України від 28.06.1996. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/page3

[1411] Хотинська-Нор О. З. Перебіг судової реформи з прийняттям Конституції України: історико-правовий аналіз. *Юридична Україна*. 2015. №10–12. С. 40–42.

[1412] Хотинська-Нор О. З. «Вплив «малої судової реформи»» на розвиток судової системи України: організаційні аспекти. *Судова апеляція.* 2016. № 1 (42). С. 7

визначених Конституцією України, однак, як свідчать реалії, досягти цього не вдалося, адже не було прийнято жодного нормативно-правового акту за цей період. Тому основна мета малої судової реформи вбачалася у приведенні судової системи у відповідність з положеннями Основного Закону держави.

Надалі 21.06.2001 Верховна Рада України прийняла пакет законів, які набрали чинності 5 липня 2001 року, прийняття яких ознаменувалося «малою судовою реформою», оскільки засновувалася на принципі, що передбачав реалізацію норм Конституції шляхом мінімальних змін у законодавстві та судовій системі. Згідно зі змінами було утворено єдину систему суддів загальної юрисдикції до складу якої увійшла і система арбітражних судів, які були перейменовані у господарські суди, а таким чином було утворено систему спціалізованих господарських судів, яку склали апеляційні господарські суди та ВГСУ, передбачалося запровадження нових процедур оскарження судових рішень у апеляційній та касаційній формах, санкціонування судом арешту, тримання під вартою і затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, проведення огляду та обшуку житла особи тощо. На наше переконання, ці заходи не принесли радикальних змін щодо здійснення судової правотворчості судами загальної юрисдикції, адже не в повній мірі забезпечували повноту законодавчого регулювання системи судочинства, однак посилили утвердження основоположних принципів судочинства у суспільстві та подальше налагодження механізму діяльності органів судової системи, а також створила сприятливі передумови для прийняття Закону «Про судоустрій України». Тому проведення «малої судової реформи» все таки не стало остаточним етапом реформування системи судочинства в Україні.

Логічно, що подальшим і уже невідкладним завданням стала розробка єдиного законодавчого акту, який би уніфікував основоположні засади судової системи та забезпечив повне правове регулювання здійснення правосуддя у державі, а таким чином і здійснення судової правотворчої судами загальної юрисдикції. Так, 07.02.2002 ВРУ було прийнято Закон «Про судоустрій України». Одним із визначальних положень нового закону стало впровадження принципу розгляду судами справ у формі цивільного, господарського, адміністративного та конституційного судочинства, введення у судову систему апеляційних судів. Відповідно до ст. 18 згаданого вище Закону систему судів загальної юрисдикції утворюють: місцеві суди; апеляційні суди; Апеляційний суд України; Касаційний суд України; вищі спеціалізовані суди; ВСУ. Найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції є ВСУ. Вищими

судовими органами спеціалізованих судів є відповідні вищі спеціалізовані суди. Відповідно до ст. 19 цього Закону в системі судів загальної юрисдикції було створено загальні та спеціалізовані суди окремих судових юрисдикцій. Спеціалізованими судами визнавалися господарські та адміністративні суди всіх рівнів, а всі інші суди — «загальні»[1413]. В межах наукових кіл стверджувалося, що Закон «Про судоустрій України» став вирішальним кроком на шляху судово-правової реформи. Завдяки даному нормативно-правовому акту було вирішено цілу низку питань, що стосувалися забезпечення діяльності судів, організації судової влади[1414]. Натомість О. І. Ющик, стверджує, що Закон «Про судоустрій» став продуктом компромісу, який довелося знаходити в умовах цейтноту, коли закінчувався п'ятирічний термін реформування судової влади, визначений у «Перехідних положеннях» Конституції 1996 р.[1415].

Незважаючи на існуючі думки, які побутують в межах юридичної літератури щодо ролі та значення прийняття відповідного закону, слід зауважити, що його прийняття не внесло значних змін щодо активізації чи навпаки нівелізації судової правотворчості судами загальної юрисдикції. На думку А. О. Селіванова, у ньому була продовжена позиція «нейтралітету» щодо обов'язковості постанов Пленуму ВСУ, в яких дається роз'яснення чинного законодавства. Вони вже не мають ззагальнообов'язковий чи «керівний» характер.[1416] Однак незважаючи напевно не лише на це, а й на інші недоліки, які знову ж таки не були вирішені прийняттям відповідного закону слід погодитися з незаперечною науковою позицією є те, що новий Закон «Про судоустрій України» став вагомим, але не завершальним кроком до утворення нової системи правосуддя. Суттєвих змін зазнав цей закон за період 2005–2008 рр[1417].

Як свідчать історичні події наступним значним кроком у процесі реформування судової системи стало прийняття Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 07.07.2010, метою якого було проведення

[1413] Про судоустрій України : Закон України від 07.02.2002. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3018-14/ed20020207

1413

[1414] Зубачова І. С. Історико-правові питання становлення судової влади в Україні. *Молодий вчений.* 2015, № 5 (20). Ч. 3. С. 46.

[1415] Ющик О. І. Судовій реформі не завадило б більше здорового глузду. *Віче*. 2010, № 13. С. 8–9.

[1416] Селіванов А. О. Право тлумачити закони та юридичні наслідки застосування офіційної інтерпретації. *Вісник Верховного Суду України.* 2006. № 7. С. 2.

[1417] Шутович Г., Бесєдіна Н., Ус І. Генезис судової реформи в Україні як складова розбудови правової держави. Вісник *Національної академії державного управління при Президентові України.* 2010. № 1. С. 237.

системи судоустрою України у відповідність з міжнародними стандартами. За словами І. С. Зубачової, його прийняття стало важливим етапом проведення судової реформи та становлення судової системи. Зазначений нормативно-правовий акт закріпив велику кількість новел, зокрема принцип інстанційності при побудові судової системи, принцип внутрішньої спеціалізації, збільшено кількість судових інстанцій, ліквідовано військові суди, закріплено процедуру фінансування судових органів, закріплено правовий статус судових засідателів та присяжних тощо.[1418] Доцільно, на наше переконання звернути увагу лише на ті новели прийнятого закону, запровадження яких могло певним чином повпливати на здійснення судової правотворчої судами загальної юрисдикції в контексті ВС. Зокрема новим законом було завершено формування чотирьохланкової судової системи. У відповідності до цього було утворено ВССУ, а також продовжували діяти ВГСУ та ВАСУ. Щодо повноважень, то за ними залишалися вивчення та узагальнення судової практики, надання методичної допомоги судам нижчого рівня з метою однакового застосування норм Конституції та законів України у судовій практиці на основі її узагальнення та аналізу судової статистики, а також роз'яснення з питань застосування законодавства, які надавалися спеціалізованим судам нижчого рівня продовжували залишатися в статусі «рекомендаційних», як це було визначено і попереднім законом.

Однак, значних змін зазнали повноваження ВС. Так, згідно з прийнятим законом, повноваження щодо дачі роз'яснень судам загальної юрисдикції щодо однакового застосування законодавства було передано вищим спеціалізованим судам, у тому числі й ВАСУ. У такій якості ВАСУ України здійснював аналогічну діяльність по інтерпретації норм законодавства, яка де-факто притаманна КСУ. При здійсненні інтерпретації законодавства шляхом прийняття постанов ВАСУ забезпечував однакове застосування законів. На наше переконання така судова практика мали певний сенс, адже вона завжди враховувалася нижчестоящими судами у якості орієнтира у питаннях правозастосування та правотлумачення, усунення прогалин та колізій у праві.

Тобто, у відповідності до Закону України «Про судоустрій» від 07.02.2002 ВСУ визнавався найвищим судовим органом в системі судів загальної юрисдикції, одним із важливих повноважень якого було забезпечення застосування законодавства усіма судами загальної юрисдикції, однак з прийняття Закону України «Про судоустрій та статус суддів» як вище уже зазначалося був позбавлений відповідного

[1418] Зубачова І. С. Там само. С. 47.

повноваження. Проте, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 38 цього ж закону зазначається, що важливим повноваженням ВСУ є перегляд справ з підстав неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції однієї і тієї ж норми матеріального права у правовідносинах у порядку передбаченому процесуальним законом[1419].

Можливо стверджувати про певним чином відбудася легалізація судової практики як джерела права з прийняттям Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 07.07.2010. Саме судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими до виконання усіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами, та їх об'єднаннями на всій території України. На підтвердження здійснення правотворчої діяльності судами загальної юрисдикції В. Є. Мусієвський вказує тим, що у процесі узагальнення практики нижчестоящих судів на основі принципів права вищі судові органи своїми керівними роз'ясненнями, по суті, «долають» недосконаліть нормативного правового акту. Постанови пленумів вищих судів хоч і тимчасово, але заповнюють прогалини в законодавстві, вносять новий елемент у правове регулювання.[1420]

Окрему увагу щодо новелізації правотворчої діяльності судами загальної юрисдикції в контексті відовідного закону слід приділити нормативним положенням, які передбачають, що Пленум ВСУ наділений повноваженнями відносно надання висновків щодо проектів актів, які стосуються судової системи та діяльності ВСУ. Так, Регламентом Пленуму ВСУ передбачалося здійснення повноважень щодо прийняття рішень про звернення до КСУ з питань конституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів; надання роз'яснень судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства, а також визнання нечинними роз'яснень вищих спеціалізованих судів[1421].

Разом з тим, ст. 46 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» передбачала, що Пленум ВСУ надає висновки щодо проектів нормативних актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів,

[1419] Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 07.07.2010. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2453-17/ed20100707

[1420] Мусієвський В. Судова практика як особливе джерело права за національним законодавством України. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права.* 2013. № 9. С. 44–45.

[1421] Регламент Пленуму ВСУ від 10.06.2002 № 7. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-02

1419

1421

виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням судової системи України, а також забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом[1422]. Аналізуючи законодавчі положення Закону України «Про судоустрій та статус суддів» вчені стверджують, що акти Пленуму ВСУ щодо судів нижчестоящих інстанцій є актами розпорядчої дії, тобто мають обов'язковий характер і повинні вивчатися та враховуватися суддями в процесі здійснення ними правосуддя[1423].

Не дивлячись на прийняття чималої кількості нормативно-правових актів, в період з 1991 до 2012 рр. судова система України і надалі потребує реформування. Звісно останній Закон «Про судоустрій і статус суддів» є значним кроком в реформуванні судової системи. Проте не всі норми цього закону відповідають Конституції України. Закон «Про судоустрій і статус суддів» також не вирішив усі проблемні питання щодо судочинства, а подекуди створив нові проблеми[1424]. Окреслені чергові спроби реформування судової системи, як на наше переконання, так і інших вчених, не лише не призвели до очікуваного результату, а й навпаки сформували значний рівень недовіри суспільства до судових органів влади, а особливо результатів їх діяльності. Це свідчить, що в суспільстві назріла нова хвиля необхідності у проведенні чергової і здавалося б уже ефективної реформи судової системи України.

Так, за словами В. М. Сущенка протягом 2010–2014 рр. судова влада, завдяки спонтанному і хаотичному її реформуванню, досягла крайньої межі у формуванні недовіри з боку суспільства як до її носіїв персонально — суддів, так і до ухвалюваних ними судових рішень. Зважаючи на те, що у 2013–2014 рр. важкої політичної та організаційно-правової кризи зазнали всі гілки державної влади, включно з інститутом президента, то на вимогу суспільства розпочалась нова хвиля їх реформування, зокрема й судової влади.[1425] Знову ж таки зміна політичних сил, певна реорганізація державної влади призводить до нової хвилі реформування системи судоустрою в Україні. Заклик початку нової хвилі реформування

[1422] Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 07.07.2010. *Там само.*

[1423] Гринюк Р. Ф., Савченко К. Ю. Доктринальні аспекти вдосконалення процесу вивчення та узагальнення судової практики. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* Серія ПРАВО. 2019. Вип. 55. Т. 1. С. 16.

[1424] Охотницька Н. В. Становлення судової системи України (1991–2012 рр.) : історико-правовий аспект : автореф. дис. … канд. юрид. наук :12.00.01 : Нац. ун-т «Львівська політехніка». Львів, 2016. С. 14.

[1425] Сущенко В. М. Там само. С. 14–15.

декларується Указами Президента «Про стратегію сталого розвитку «Україна–2020» від 12.05.2015[1426] та «Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр.»[1427]. Рушійний крок у процесі реформування відбувається з підписанням міжфракційної коаліційної угоди.[1428] Основою метою було виконання рекомендацій РЄ щодо реформування судової системи в Україні.

В цей період приймаються ряд законодавчих актів, які в цілому не чинять впливу на здійснення судової правотворчості, однак їх нормативні положення певним чином реанімують функціональне призначення судів в суспільстві. На наше переконання їх прийняття більшою мірою було зумовлено значною кризовою політичною ситуацією у державі та намаганням здійснити реформування судових органів шляхом «очищення» їх від судів, які в минулому не зовсім «пристойно» проявили свої професійні якості перебуваючи на посаді суддів під час Революції Гідності, тобто які ухвалювали рішення, спрямовані на обмеження конституційних прав та свобод громадян. До них відносять: Закони України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» від 08.04.2014 № 1188-VII, «Про очищення влади» від 16.09.2014 № 1682-VII та «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12.02.2015 №192-VIII.

Чергове реформування судової влади було проведено з метою реальної реалізації права кожної людини і громадянина на справедливий і незалежний розгляд його справи. Шляхами досягнення даної мети є очищення судової системи від непрофесійних, корумпованих і політично заангажованих суддів, так і через реформування судової системи та підвищення рівня правової культури громадян України[1429]. Із зазначеної позиції знаходимо підтвердження того, що метою прийняття відповідних законодавчих актів було очищення судової системи «непрофесійних та корумпованих суддів».

Наступним кроком у процесі реформування судової системи, що і характеризує сучасний стан правового регулювання судової правотворчості

1426

[1426] Про стратегію сталого розвитку «Україна-2020 : Указ Президента України від 12.05.2015. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5/2015

1427

[1427] Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр. : Указ Президента України від 20.05.2015. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/276/2015

1428

[1428] Угода про коаліцію депутатських фракцій «Європейська Україна» від 27.11.2024. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001001-15

[1429] Чудик Н. Реформування судової влади в Україні. *Актуальні проблеми правознавства.* 2016. Вип. № 4 (8). С. 97–98.

прийняття законодавчих актів, які внесли суттєві зміни до Конституції та Закону України «Про судоустрій та статус суддів». Так, Верховною Радою України було прийнято Закон «Про внесення змін до Конституції (щодо правосуддя)» від 02.06.2016[1430] та Закон «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016[1431]. Аналізуючи новели судової реформи відомий науковець Ю. С. Шемшученка вказує, що вони були спрямовані на деполітизацію та забезпечення незалежності судової влади, створення чесного, прозорого, доступного і справедливого для всіх громадян суду. Зазначені закони відкривають реальні конституційно-правові можливості для проведення фундаментальної судової реформи в Україні, заснованої на власному досвіді та європейських стандартах правосуддя[1432]. Однак, на думку іншого вченого, С. Г. Штогуна відповідна реформа є сумнівною, адже за його словами «…навіть якщо абстрактно вважати, що вже досягнуто головне завдання реформи — викоріненно корупцію в судовій системі і набрано нових суддів, які будуть ідеально відправляти правосуддя в нас залишається ще дуже багато проблем в судовій владі і як не парадоксально нові закони породили і нові проблеми…»[1433]. Окрім того, новоспечена судова реформа здійснювалась відповідно до цілей визначених Угодою про Асоціацію, яка передбачала підвищення ефективності та незалежності судової влади та подолання корупції[1434].

Зважаючи на зазначені і в той же час достатньо протічні позиції вчених та керуючись тематикою відповідного підрозділу монографічного дослдження, вважаємо за необхідне вказати лише на принципові моменти проведення судової реформи та її наслідки, які певним чином мають відношення до судової правотворчості. У цьому контексті слід зупинится на змінах, які були внесено до Конституції України. Так, змін зазнали основоположні принципи судочинства, адже було вилучено положення про те, що судочинство здійснюється КСУ та судами загальної

1430 [1430] Про внесення змін до Конституції : Закон України від 02.06.2016 № 1401-VIII. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1401-19

1431 [1431] Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19

[1432] Шемшученко Ю. С. Судова влада в Україні: сучасна доктрина, механізми та перспективи реалізації (стенограма наукової доповіді на засіданні Президії НАН України 21.12.2016. *Вісник Національної академії наук України.* 2017, № 2. С. 38.

[1433] Штогун С. Г. Судова реформа чи косметичний ремонт системи судової влади. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право».* 2016. № 2 (14). С. 1.

1434 [1434] Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

юрисдикції, натомість чинна ст. 124 Конституції України закріпила, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами[1435]. Не зовсім зрозумілим залишається питання щодо ВСУ, оскільки у світлі внесених змін, останній був перейменований на ВС в той же час із визначенням його найвищим у системі судоустрою України, хоча до внесених змін відповідний судовий орган визнавався найвищим судовим органом в системі судів загальної юрисдикції.

В контексті зазначеного слід приділити і увагу новелам, які були внесені Законом України «Про судоустрій та статус суддів» від 02.06.2016. Одним із основних нововведень стало повернення до триланкової судової системи, яку складали місцеві/окружні суди, апеляційні суди та ВС. При цьому окремі положення як Закону, так і Конституції України передбачали і створення Вищих спеціалізованих судів, які мають здійснювати правосуддя як суди першої інстанції з розгляду окремих категорій спорів (ст. 32 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»). Ще одним із нововведень стало ліквідація ВСУ із заміною новоствореного ВС у складі якого передбачалося функціонування ВП ВС, КАС, КГС, ККС, КЦС. Відповідне реформування, як бачимо, призвело до ліквідації Пленуму ВСУ.

Отож визначаючи особливості сучасного стану правового регулювання судової правотворчості слід акцентувати на певних положеннях. Попередньо нами зверталася неодноразово увага на зміни, які були запроваджені Законом України «Про судоустрій та статус суддів» від 02.06.2016, на разі слід окремо звернути уваги на зміни, які стосувалися повноважень ВС. Так, відповідно до закону ВС є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

Повноваження закріплюються ч. 2 ст. 36, до яких належать: здійснює аналіз судової статистики, узагальнення судової практики; надає висновки щодо проектів законодавчих актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою; надає висновок про наявність чи відсутність у діяннях, у яких звинувачується Президент України, ознак державної зради або іншого злочину; вносить за зверненням Верховної Ради України письмове подання про неспроможність виконання Президентом України своїх повноважень за станом здоров'я; звертається до КСУ щодо конституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України;

[1435] Конституція України. *Там само.*

забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

Важливим колегіальним органом в структурі ВС є ВП ВС, яка також компетентна реалізовувати повноваження як суд апеляційної інстанції у справах, розглянутих Верховним Судом як судом першої інстанції; щодо аналізу судової статистики та вивчення судової практики, здійснення узагальнення судової практики. Важливе значення в межах судової правотворчості ВС здійснює Пленум ВС, реалізуючи повноваження щодо забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні окремих категорій справ узагальнює практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизує та забезпечує оприлюднення правових позицій ВС з посиланням на судові рішення, в яких вони були сформульовані; за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики надає роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ. Важливим положенням, що закріплено ст. 13 передбачається, що висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах ВС, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах ВС, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права. Вищий спеціалізований суд (антикорупційний та інтелектуальний) аналізує судову статистику, а також вивчає та узагальнює судову практику, про що інформує ВС[1436]. Аналогічні повноваження щодо аналізу судової статистики та вивчення і узагальнення судової практики покладено і на апеляційні суди. Таким чином, виходячи із зазначеного повноваженнями щодо узагальнення судової практики володіють ВП ВС, Вищі спеціалізовані суди, а також апеляційні суди.

Окрім того шляхом внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України Закон «Про судоустрій та статус судів» було доповнено певними законодавчими положеннями відповідно до яких, ВСУ має право за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики надавати роз'яснення рекомендаційного типу з питань застосування законодавства у вирішенні судових справ. Підтвердженням цього є наукова позиція О. Клим, яка з посиланням на інших вчених стверджує, що ВСУ має функції щодо судової правотворчості. Нездатність законодавця вчасно відреагувати на

[1436] Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. *Там само.*

зміну суспільних відносин сприяє розвитку судової правотворчості. І це правда, адже саме судова гілка влади найбільше сприяє формуванню правозастосовної практики у процесі вирішення конкретних спірних питань[1437].

З огляду на зазначене сучасний стан правового регулювання правотворчості судів України характеризується певним перехідним періодом, адже судова реформа знову перебуває на стадії тотального (докорінного) реформування, про свідчить проаналізовані законодавчі акти.

Висновки. Отже, виходячи із аналізу дослідження історії становлення та сучасного стану правового регулювання правотворчості судами України можливо підсумувати наступні положення:

1. Правове регулювання судової правотворчості в України має об'єктивний характер і залежить від:

– політичних факторів, тобто напрямів внутрішньої політики держави, що залежить від ідеологічних аспектів суб'єктів політичної системи суспільства;

– соціально-економічних факторів, тобто розвитку суспільства та його готовності до сприйняття проведення відповідних судових реформ та їх наслідків.

2. Правове регулювання судової правотворчості України має динамічний характер, про що свідчить кількість проведених реформ в Україні.

3. Правове регулювання судової правотворчості України на сучасному етапі характеризується нестабільністю, адже знову перебуває на черговому рівні реформування.

4. Правове регулювання судової правотворчості України здійснюється на рівні норм матеріального права та норм процесуального права.

5. Правове регулювання судової правотворчості характеризується галузевою приналежністю, адже забезпечується на рівні норм цивільно-процесуального, кримінально-процесуального, господарсько-процесуального та адміністративно-процесуального права.

6. Правове регулювання судової правотворчості характеризується комплексним характером, що виявляється в наявності системи чинних нормативно-правових актів, що на разі визначають правовий статус суддів України, в тому числі і їх правотворчу компетенцію.

В межах становлення та розвитку правового регулювання правотворчості судами України можливо виокремити наступні етапи:

[1437] Клим О. Реформування судочинства в Україні: євроінтеграційні підходи. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки».* 2022. № 3 (35). С. 58–59

1. 1990 — 1996 рр. для якого характерним є становлення судової системи України в період здобуття нею незалежності. Основою правового регулювання судової правотворчості стала «успадкована» від Радянського Союзу система нормативно-правових актів, до якої поетапно почали вноситися зміни. Першим кроком до проведення реформи в судовій системі стало прийняття Концепції судово-правової реформи від 28.04.1992, одним із напрямів якої було створення нового законодавства. Слідуючи цьому, було прийнято Закон «Про Конституційний Суд України» від 03.06.1992, який було визначено засади конституційної юрисдикції та правотворчої компетенції КСУ. Прийнято Закон «Про арбітражний суд» від 04.06.1991 та Закон «Про статус суддів» від 15.12.1992. Продовжував діяти Закон УРСР «Про судоустрій України» від 05.06.1981.

2. 1996 — 2002 рр. — зазначений період характеризується утвердженням судової системи України на основі новоприйнятих конституційних положень. Правове регулювання судової системи України здійснюється на основі прийняття Конституції України від 28.06.1996, положеннями якої було визначено подальші основи організації та функціонування системи судів загальної та конституційної юрисдикції. Проведення «малої судової реформи» внаслідок чого стало прийняття низки законів, якими вносилися зміни до нормативно-правових актів у сфері судочинства. Однак, вони не принесли радикальних змін щодо здійснення судової правотворчості, адже не в повній мірі забезпечували повноту законодавчого регулювання системи судочинства.

3. 2002 — 2010 рр. — для зазначеного періоду характерним є здійснення чергового реформування системи судочинства, в тому числі і здійснення судової правотворчості. Прийнято Закон «Про судоустрій» від 07.02.2002, положеннями якого було скасовано статус «обов'язковості» для судів постанов Пленуму ВСУ, в яких надавалося роз'яснення законодавства. Окрім цього, зазначений закон його прийняття не внесло значних змін щодо активізації чи навпаки нівелізації судової правотворчості.

4. 2010 — 2014 рр. — прийняття Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 07.07.2010 відповідно до якого змін зазнали повноваження ВСУ. Так, повноваження щодо дачі роз'яснень (хоча які і мали рекомендаційний характер) судам загальної юрисдикції щодо однакового застосування законодавства було передано вищим спеціалізованим судам, у тому числі й ВАСУ. Таким чином правотворча діяльність ВС не має пріоритетного значення, а цим законом просто нівелювалася.

5. 2014 — 2018 рр. — Закони України: «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» від 08.04.2014 № 1188-VII, «Про очищення влади» від 16.09.2014 №1682-VII та «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12.02.2015 №192-VIII. Ці законодавчі акти, які в цілому не чинять впливу на здійснення судової правотворчості, однак їх нормативні положення певним чином реанімують функціональне призначення судів в суспільстві. Закон «Про внесення змін до Конституції» від 02.06.2016 та Закон «Про судоустрій та статус суддів» від 02.06.2016. Відповідно до прийнятих законів зазнала змін судова система України в цілому, відтепер правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Аналогічного статусу «обов'язковості» для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, мають і висновки ВСУ, а також вони враховуються обов'язково іншими судами при застосуванні таких норм права.

Підсумовуючи викладене вище, слід звернути увагу на те, що здійснення судової правотворчості мало місце на кожному етапі функціонування та розвитку судової системи. Так, навіть виходячи з періоду здобуття незалежності Україною, судова система, яка дісталася у спадок від УРСР, характеризувалася здійсненням «правотворчих функцій», однак мала дещо «прихований» чи «завуальований» зміст, і таким чином не була достатньо врегульована на правовому рівні, про що свідчать погляди та наукові дослідження вчених. Слід констатувати, що систематичне реформування судової системи України аналогічно не дає однозначної і чіткої відповіді щодо стану правового регулювання судової правотворчості судами загальної юрисдикції в контексті ВС. Зміст відповідного підрозділу свідчить про те, що постійні реформи, а як наслідок, прийняття нових нормативно-правових актів чи внесення значних змін до чинних актів призводили до зміни і правового регулювання судової правотворчості.

Наукове видання

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВОТВОРЧОСТІ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ

Монографія

За редакцією д. ю. н., професора Зої Загиней-Заболотенко

Відповідальна за випуск О. Б. Доценко
Комп'ютерна верстка А. С. Жарий
Дизайн обкладинки А. О. Висоцька
Редактор А. С. Тимошевська
Коректор Г. В. Сергійчик

Підписано до друку 25.12.2025.
Формат 60 × 90/16.
Папір офсетний. Цифровий друк.
Умовн. друк. арк. 57,25.
Обл.-вид. арк. 61,36.
Тираж 300 прим.
Зам. № 26/1225.

Видавець та виготовлювач: ТОВ «Юрінком Інтер»
(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої
справи до Державного реєстру видавців,
виготовлювачів і розповсюджувачів видавничої
продукції — серія ДК № 7551 від 16.12.2021)

04209, Україна, Київ-209,
вул. Героїв Дніпра, 31б,
e-mail: edit@yurincom.kiev.ua
тел.: (095) 491-34-91

ЮРІНКОМ ІНТЕР

У монографії запропоновано концептуальні засади правотворчості у сфері кримінальної юстиції України, а саме у сферах кримінального права, кримінального процесуального права, судоустрою та судової влади. Аналізуються загальнотеоретичні проблеми відповідних галузей права, пропонуються зміни до законодавства України, спрямовані на вдосконалення нормативної основи діяльності кримінальної юстиції України з урахуванням європейських стандартів, доктринальних підходів та напрацювань судової практики. Зроблено акцент на важливості вирішення проблем ресурсозабезпечення, а також на викликах і ризиках, які супроводжують правотворчу діяльність у сфері кримінальної юстиції. У монографії особливо виокремлено інноваційні підходи до правотворчості та визначено необхідні умови для успішного впровадження цих змін у правозастосування.

Результати дослідження можуть значно сприяти вдосконаленню процесів правотворчості у сфері кримінальної юстиції України, а також поліпшити взаємодію між законодавчим органом, судовою владою та іншими державними установами, які беруть участь у правовому регулюванні цієї галузі.

Монографія стане в пригоді законодавцю, науковцям, практичним працівникам, аспірантам.

Монографію підготовлено за результатами виконання науково-дослідної теми «Концептуальні засади правотворчої діяльності в Україні: ресурсозабезпечення, новації та ризики» (номер держ. реєстр. 0125U002053)

www.yurincom.com
sales@yurincom.com

ISBN 978-966-667-949-2