

ISSN 2411-2054

# **ПРАВОВА ДЕРЖАВА**

*49'2023*

**Фахове наукове видання**

*КАТЕГОРІЯ «Б»*

**ДО 25-РІЧЧЯ ЕПФ ОНУ**



# ***CONSTITUTIONAL STATE***

***49'2023***

**SCIENTIFIC JOURNAL**

Published 4 times a year

Founded in February, 1999

Odesa  
Feniks  
2023



# ***ПРАВОВА ДЕРЖАВА***

*Лауреат IV Всеукраїнського конкурсу  
на краще юридичне видання*

**НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ**

Виходить 4 рази на рік  
Заснований у лютому 1999 р.

Одеса  
Фенікс  
2023

Засновник – Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

**Редакційна колегія**

О. І. Миколенко – головний редактор,  
А. О. Богустов, О. В. Гаран, І. С. Канзафарова,  
О. М. Миколенко, С. В. Саяпін, Т. В. Степанова,  
М. О. Стефанчук, Р. О. Стефанчук, Л. М. Токарчук,  
В. І. Труба, Н. В. Хендель, О. А. Чуваков

**Відповідальний секретар**

Н. В. Ільєва

**Establisher and publisher** – Odesa I. I. Mechnikov National University

**Editorial board**

О. І. Mykolenko – Editor-in-Chief,  
А. О. Bohustov, О. V. Haran, I. S. Kanzafarova,  
О. М. Mykolenko, S. V. Saiapyn, T. V. Stepanova,  
М. О. Stefanchuk, R. O. Stefanchuk, L. M. Tokarchuk,  
V. I. Truba, N. V. Khendel, O. A. Chuvakov

**Executive Secretary**

N. V. Ilieva

Відповідно до наказу МОН України № 409 від 17.03.2020 р.  
науковий журнал «Правова держава» входить до  
Переліку наукових фахових видань України  
**(юридичні науки - КАТЕГОРІЯ «Б»)**

Рекомендовано до друку Вченою радою  
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова  
(протокол № 6 від 28 березня 2023 р.)

**Індексація наукометричними базами даних:**

Index Copernicus

**Індексація іншими базами даних:**

Google Scholar, Scientific Periodicals in National Library of Ukraine Vernadsky,  
Scientific Periodicals of Ukraine,  
Ulrich's Periodicals Directory, WorldCat, Citefactor

## ЗМІСТ

### КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; СУДОУСТРІЙ; АДВОКАТУРА

*І. В. Бондар, Ю. М. Басюк*  
АДВОКАТСЬКА ТАЄМНИЦЯ ЯК ГАРАНТІЯ КОНФІДЕНЦІЙНОГО  
СПІЛКУВАННЯ АДВОКАТА З КЛІЄНТОМ ..... 11

*Н. В. Льєва, О. М. Ковальчук*  
РОЛЬ АДВОКАТУРИ В СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ПРАВОВІДНОСИН ..... 20

*Т. В. Степанова, А. В. Левенець*  
ЗАХИСТ ПРАВА НА ЖИТЛО: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ  
ЗАСАДИ ТА СУДОВА ПРАКТИКА ..... 29

### АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО; ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

*М. А. Баламуш, М. І. Лазарева*  
УПОВНОВАЖЕНИЙ У СПРАВАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ  
З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК СУБ'ЄКТ ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ ..... 39

*А. Левандовські*  
ЗНАЧЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО АКТУ ЯК ФОРМИ  
УПРАВЛІНСЬКОЇ ДІЇ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ  
ПРАВІ НІМЕЧЧИНИ ..... 49

*О. І. Миколенко, Н. В. Добровольська*  
ЦІЛЕПОКЛАДАННЯ В ПРАВІ ТА ЦІЛІ АДМІНІСТРАТИВНОГО  
ПРАВА УКРАЇНИ ..... 58

*М. Є. Молчанова*  
ПРИНЦИП СВОБОДИ ДОГОВОРУ ПРИ УКЛАДАННІ УГОД НА  
ПЕРВИННОМУ РИНКУ НЕРУХОМОСТІ ..... 66

*В. О. Фігура*  
УПРОВАДЖЕННЯ СИСТЕМИ АРІ/PNR У СФЕРУ ПРОТИДІЇ  
ТЕРОРИСТИЧНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ..... 73

### ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО

*Л. М. Токарчук*  
ДО ПИТАНЬ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ ЗАКОНУ В ЦИВІЛЬНОМУ  
СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ ..... 80

*В. М. Чернега*  
УКРАЇНСЬКА НАУКА ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА  
НА ПОЧАТКУ III ТИСЯЧОЛІТТЯ ..... 92

*А. Р. Яцюк*  
ПРАВО НА БАТЬКІВСТВО ТА МАТЕРИНСТВО, ЯК ОСОБИСТІ  
НЕМАЙНОВІ ПРАВА ..... 101

## ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

*О. М. Борщевська*

ПУБЛІЧНО-ПРАВОВІ ТА ПРИВАТНОПРАВОВІ АСПЕКТИ  
ВИЗНАЧЕННЯ ДЕФІНІЦІЇ «ЕКОЦИД» ПІД ЧАС  
ВІЙСЬКОВОЇ АГРЕСІЇ ..... 113

*О. О. Волошкевич*

АНАЛІЗ ТА ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ ОКРЕМИХ  
ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНОПРОЄКТУ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО  
ДЕЯКИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ ЩОДО ПІДВИЩЕННЯ  
ЕФЕКТИВНОСТІ УПРАВЛІННЯ ПРИРОДООХОРОННИМИ  
ТЕРИТОРІЯМИ ТА ОБ'ЄКТАМИ ПРИРОДНО-ЗАПОВІДНОГО  
ФОНДУ» ..... 130

## КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО; КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

*Бернд Хайнріх*

ПРОБЛЕМА «ТРИАЖУ» В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ  
НІМЕЧЧИНИ ..... 141

*Ю. В. Луценко*

ПРОБЛЕМИ ПРАКТИЧНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ВВЕДЕННЯ ОСОБИ ДО  
ОРГАНІЗОВАНОЇ ЗЛОЧИННОЇ ГРУПИ ЧИ ЗЛОЧИННОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ  
ДЛЯ ВИКОНАННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ЗАВДАННЯ З ПОПЕРЕДЖЕННЯ  
ЧИ РОЗКРИТТЯ ЇЇ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ..... 157

*О. М. Миколенко*

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАХИСТУ УЧАСНИКІВ  
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В СУЧАСНИХ УМОВАХ ..... 171

*Р. О. Мовчан*

РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОСЯГАННЯ НА  
ДОВКІЛЛЯ У ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ ТА КРИМІНАЛЬНОМУ  
ЗАКОНОДАВСТВІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН:  
ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ..... 180

*О. В. Нарожна*

ВПРОВАДЖЕННЯ ДОСЯГНЕНЬ СУДОВОЇ АРХЕОЛОГІЇ ТА  
СУДОВОЇ АНТРОПОЛОГІЇ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ НЕЗАКОННОГО  
ПРОВЕДЕННЯ ПОШУКОВИХ РОБІТ НА ОБ'ЄКТИ АРХЕОЛОГІЧНОЇ  
СПАДЩИНИ ..... 190

**ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ** ..... 199

## CONTENT

### CONSTITUTIONAL LAW; COURT; ADVOCACY

*I. V. Bondar, Yu. M. Basyuk*  
LAWYER SECRECY AS A GUARANTEE OF CONFIDENTIAL  
COMMUNICATION OF THE LAWYER WITH THE CLIENT ..... 11

*N. V. Ilieva, O. M. Kovalchuk*  
THE POLE OF LAWYERS THE SPHERE PUBLIC LEGAL RELATIONS ..... 20

*T. V. Stepanova, A. V. Levenets*  
PROTECTION OF THE RIGHT TO HOUSING: CONSTITUTIONAL AND  
LEGAL PRINCIPLES AND COURT PRACTICE ..... 29

### ADMINISTRATIVE LAW; COMMERCIAL LAW

*M. A. Balamush, M. I. Lazarieva*  
COMMISSIONER IN CASES OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN  
RIGHTS AS A PUBLIC SERVICE SUBJECT ..... 39

*A. Lewandowski*  
THE SIGNIFICANCE OF THE ADMINISTRATIVE ACT AS A FORM OF  
MANAGEMENT ACTION IN THE ADMINISTRATIVE LAW  
OF GERMANY ..... 49

*O. I. Mykolenko, N. V. Dobrovolskaya*  
LAW OBJECTIVES AND GOALS OF THE ADMINISTRATIVE LAW OF  
UKRAINE..... 58

*M. E. Molchanova*  
THE PRINCIPLE OF FREEDOM OF CONTRACT IN THE CONCLUSION  
OF A TREATY AT PRIMARY REAL ESTATE MARKET ..... 66

*V. O. Fihura*  
IMPLEMENTATION OF THE API/PNR SYSTEM IN THE SPHERE OF  
COUNTERING TERRORIST ACTIVITY ..... 73

### CIVIL LAW AND PROCEDURE; FAMILY LAW

*L. M. Tokarchuk*  
ON CERTAIN ISSUES OF ANALOGICAL LEGAL REASONING IN CIVIL  
PROCEEDINGS IN UKRAINE..... 80

*V. M. Cherneha*  
STUDYING UKRAINIAN CIVIL PROCEDURE LAW IN THE EARLY 3<sup>d</sup>  
MILLENNIUM..... 92

*A. R. Yatsiuk*  
THE RIGHT TO PATERNITY AND MATERNITY AS PERSONAL NON-  
PROPERTY RIGHTS ..... 101

## ENVIRONMENTAL LAW

*O. M. Borschevska*

PUBLIC LEGAL AND PRIVATE LEGAL ASPECTS OF DEFINING THE DEFINITION OF «ECOCIDE» DURING MILITARY AGGRESSION ..... 113

*O. O. Voloshkevich*

ANALYSIS AND OFFERS FOR THE REGULATIONS IMPROVEMENT OF THE DRAFT LAW «ON AMENDMENTS TO LEGISLATIVE ACTS OF UKRAINE ON IMPROVING EFFICIENCY OF THE PROTECTED AREAS AND OBJECTS OF THE NATURE-RESERVE FUND MANAGEMENT» ..... 130

## CRIMINAL LAW; CRIMINAL PROCESS

*Bernd Heinrich*

THE ISSUE OF «TRIAGE» IN GERMAN CRIMINAL LAW ..... 141

*Yu. V. Lutsenko*

PROBLEMS OF PRACTICAL IMPLEMENTATION INTRODUCTION OF A PERSON INTO AN ORGANIZED CRIMINAL GROUP OR CRIMINAL ORGANIZATION TO PERFORM THE SPECIAL TASK OF UNDERSTANDING CRIMINAL ACTIVITIES ..... 157

*O. M. Mykolenko*

CERTAIN PROBLEM ASPECTS OF THE PROTECTION OF PARTICIPANTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN MODERN CONDITIONS ..... 171

*R. O. Movchan*

REGULATIONS OF RESPONSIBILITY FOR ENVIRONMENTAL INFRINGEMENT IN THE PROJECT OF THE CRIMINAL LAW OF UKRAINE AND CRIMINAL LEGISLATION OF EUROPEAN COUNTRIES: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS ..... 180

*O. V. Narozhna*

IMPLEMENTATION OF THE ACHIEVEMENTS OF FORENSIC ARCHEOLOGY AND FORENSIC ANTHROPOLOGY IN THE INVESTIGATION OF ILLEGAL SEARCH OPERATIONS AT AN ARCHAEOLOGICAL HERITAGE SITE ..... 190

**INFORMATION FOR AUTHORS** ..... 199



## ДО 25-РІЧЧЯ ЕКОНОМІКО-ПРАВОВОГО ФАКУЛЬТЕТУ ОНУ ІМЕНІ І. І. МЕЧНИКОВА

Економіко-правовий факультет – один із провідних факультетів Одеського національного університету імені І. І. Мечникова. Його витoki сягають у далеке ХІХ століття, коли в 1865 р. на базі Рішельєвського ліцею був створений і розпочав свою діяльність Імператорський Новоросійський університет, маючи у своєму складі три факультети, серед яких був і юридичний. Об'єднання юридичної та економічної освіти на одному факультеті стало результатом впровадження в Одеському національному університеті імені І. І. Мечникова відповідної практики, яка вже давно існує у багатьох університетах світу (особливо в європейських, де є значний позитивний досвід такої інтеграції). Це надає можливість забезпечити глибоку економічну підготовку юристів і надати необхідні правові знання економістам.

Сучасний етап розвитку юридично-економічної освіти в Одесі і на Півдні України в цілому характеризується безперервним динамічним розвитком. Можна із впевненістю констатувати, що прогресивні ідеї сучасного підходу до процесу юридично-економічної освіти отримали всебічне втілення саме на економіко-правовому факультеті як невід'ємній структурній одиниці Одеського національного університету імені І. І. Мечникова.

На економіко-правовому факультеті успішно видаються наукові фахові журнали: «Вісник Одеського національного університету. Серія «Економіка», «Правова держава», «Ринкова економіка: сучасна теорія і практика управління». В цілому, можна зазначити, що економіко-правовий факультет перебуває у стані інтенсивного позитивного розвитку, планомірно підвищує свій освітнянський і науковий потенціал. Протягом усього періоду свого існування на економіко-правовому факультеті Одеського національного університету імені І. І. Мечникова здійснюється підготовка кадрів вищої кваліфікації через аспірантуру та докторантуру за спеціальністю 081 Право. Це обумовлює особливу значущість наявності фахового видання у галузі юридичних наук на факультеті.

Науковий журнал «Правова держава» заснований у лютому 1999 р. Відповідно до наказу Міністерства освіти і науки України № 409 від 17.03.2020 р. науковий фаховий журнал «Правова держава» внесено Департаментом атестації кадрів вищої кваліфікації Міністерства освіти і науки України до Переліку наукових фахових видань України, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата наук (категорія «Б») у галузі юридичних наук. Індексція наукометричними базами даних: Index Copernicus, індексція іншими базами даних: Google Scholar, Scientific Periodicals in National Library of Ukraine Vernadsky, Scientific Periodicals of Ukraine, Ulrich's Periodicals Directory, WorldCat, Citefactor тощо.

Науковий журнал є лауреатом ІV Всеукраїнського конкурсу на краще юридичне видання. Журнал видається у традиційному друкованому вигляді та зберігає традиції теоретико-методологічної обґрунтованості і виваженості у викладенні наукових фактів, що склалися в Одеському національному університеті імені І. І. Мечникова протягом 158 років його існування. Електронна версія збірника зберігається на офіційному сайті журналу (<http://pd.onu.edu.ua>), сайті Наукової бібліотеки Одеського національного університету імені І. І. Мечникова та на пор-

талі «Наукова періодика» на сайті Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського. Журнал виходить 4 рази на рік, відповідно до графіку та своєчасно поширюється через мережу Інтернет. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації: серія КВ № 16843-5605ПР від 20.07.2010 р.

Засновник цього журналу – Одеський національний університет імені І. І. Мечникова – має міжнародний авторитет у світі наукового видання. Він є членом і бере активну участь у діяльності професійної асоціації CrossRef та займає перші місця в рейтингу вищих навчальних закладів України за показниками наукометричної бази даних Scopus. З 2018 року статтям, що публікуються у науковому журналі «Правова держава», присвоюються номери DOI: науковий журнал є у переліку членських організацій (префікс DOI 10.18524/2411-2054).

Журнал співпрацює з найбільшими ЗВО України та зарубіжжя, органами державної влади, місцевого самоврядування, органами суду, нотаріату, адвокатури та прокуратури. Така співпраця передбачає розміщення інформаційних матеріалів, публікацію наукових статей, рецензій. До складу редколегії журналу входять провідні українські вчені, 11 докторів юридичних наук, у тому числі: 1 член-кореспондент Національної академії правових наук, 3 Заслужених юристів України, 1 Заслужений діяч науки і техніки України. Крім того, до видання запрошені й іноземні фахівці в галузі права, LLB, LLM, Dr. Jur., 1 Асоційований професор, Директор програми бакалаврату з міжнародного права Університету КІМЕП (Алмати, Казахстан).

Журнал «Правова держава» активно використовується в навчальному процесі – статті та матеріали рекомендуються як додаткові джерела при вивченні основних дисциплін. У журналі публікуються науково-теоретичні та практичні матеріали з актуальних загальнотеоретичних та галузевих правових питань, правозастосовної практики, пропозиції до законодавства, зарубіжний правовий досвід конституційної, судової та адміністративної реформ. Журнал є науковим виданням, що відображає події наукового життя та сучасні наукові дослідження з правознавства, які проводяться в Україні та за її межами. На сучасному етапі наукові юридичні дослідження продовжуються у рамках п'яти кафедральних тем юридичного спрямування, що виконуються на економіко-правовому факультеті в Одеському національному університеті імені І. І. Мечникова.

*З повагою, редакційна колегія*

## КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; СУДОУСТРІЙ; АДВОКАТУРА

---

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2023.49.276015>

УДК 342.56

*І. В. Бондар*, докт. юрид. наук, доцент

Київський національний університет імені Тараса Шевченка  
Кафедра нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури,  
судуострою Навчально-наукового інституту права  
вул. Володимирська, 60, Київ, 01033, Україна  
e-mail: irbond2223@gmail.com  
ORCID ID: 0000-0002-9489-963X

*Ю. М. Басюк*, студент 2 курсу ОР «Магістр»

Навчально-науковий інститут права  
Київський національний університет імені Тараса Шевченка  
вул. Володимирська, 60, Київ, 01033, Україна  
e-mail: yuriybasuk@gmail.com  
ORCID ID: 0009-0001-5341-9740

### АДВОКАТСЬКА ТАЄМНИЦЯ ЯК ГАРАНТІЯ КОНФІДЕНЦІЙНОГО СПІЛКУВАННЯ АДВОКАТА З КЛІЄНТОМ

У статті висвітлюються питання щодо застосування принципу конфіденційності адвокатської діяльності як одного з найбільш важливих принципів адвокатської професії. Конфіденційність адвокатської діяльності полягає, насамперед, у гарантуванні конфіденційності спілкування адвоката із клієнтом. Таке спілкування є особливим за своєю природою та відображає соціальне призначення адвокатури у громадянському суспільстві демократичної держави.

У статті визначено, що у нормативно-правовому регулюванні адвокатської діяльності принцип конфіденційності спілкування адвоката із клієнтом розкривається через поняття адвокатської таємниці. Адвокатська таємниця є видом професійних таємниць. Її призначенням є нерозголошення відомостей, що стали відомі адвокатуві внаслідок звернення до нього клієнта, і сам факт такого звернення. Вказана інформація у своїй сукупності складає предмет адвокатської таємниці.

**У статті доведено, що адвокатська таємниця не є абсолютною категорією та має свої об'єктивно визнані законодавцем межі. В сучасних умовах такі межі мають бути доповнені та деталізовані. Тим не менше у наукових колах точаться дискусії щодо характеру і природи адвокатської таємниці як гарантії конфіденційного спілкування адвоката із клієнтом.**

У статті констатується, що випадки порушення адвокатами принципу конфіденційності адвокатської діяльності є непоодинокими. Випадки розголошення адвокатом відомостей, що становлять предмет адвокатської таємниці, негативно відображаються на адвокатурі загалом. Такі випадки мають бути мінімізовані. За вчинення розголошення відомостей, які становлять предмет адвокатської таємниці, адвокат має неминуче притягуватись до дисциплінарної відповідальності.

У статті запропоновано заходи із посилення контролю за дотриманням адвокатами принципу конфіденційності спілкування з клієнтом шляхом забезпечення достатніх та належних умов зберігання інформації, що становить предмет адвокатської таємниці.

**Ключові слова:** адвокатська таємниця, гарантії адвокатської діяльності, адвокатська етика, відносини адвоката з клієнтом.

**Постановка проблеми.** Взаємовідносини адвоката з клієнтом мали і мають особливий характер. Нетиповість та своєрідність таких взаємовідносин пояснюється особливою соціально-правовою природою адвокатської діяльності як такої. Відповідно, особливу природу має й спілкування адвоката з клієнтом. Таке спілкування не може відбуватися публічно з огляду на передумови та причини звернення особи за правничою допомогою до адвоката. Збереження у таємниці відомостей, які стали відомі адвокату в результаті звернення до нього клієнта, слугує гарантією як для адвоката, так і для клієнта, забезпечуючи приватність такого спілкування. Така гарантія знайшла своє відображення у доктрині та законодавстві під назвою «адвокатська таємниця». Визнання науковцями та законодавцем адвокатської таємниці як гарантії, беззаперечно свідчить про демократичний шлях розвитку адвокатури в Україні та дотримання вимог міжнародних стандартів. Проте непоодинокими є випадки, коли вказана гарантія порушується, неправильно тлумачиться або взагалі не забезпечується, що негативно відображається на взаємовідносинах адвокат-клієнт та адвокатури в цілому.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях таких вітчизняних науковців, як М. І. Бажанов, Н. М. Бакаянова, Й. Л. Бронз, Т. Б. Вільчик, В. В. Заборовський, С. О. Іваницький, Є. О. Колдов, В. О. Коломійчук, Л. В. Крупнова, Д. В. Кухнюк, А. Г. Кучеренка, А. С. Лазаренко, С. І. Маркін, О. І. Марочкін, Ю. С. Пилипенко, М. М. Погорецький, Н. А. Подольний, А. М. Пшуков, В. М. Трофименко, І. Л. Трунов, В. І. Ямковий, О. Г. Яновська тощо. Вагому роль відіграють наукові дослідження, що здійснюються міжнародними інституціями, такими як Міжнародна асоціація адвокатів (ІВА), Рада адвокатів та юридичних товариств Європи (ССВЕ) тощо. Водночас, не применшуючи значення цих та величезної кількості інших досліджень, зазначимо, що сьогодні дискусійними залишаються окремі аспекти адвокатської таємниці як гарантії конфіденційного спілкування адвоката з клієнтом. В умовах глобалізації та інформатизації всіх сфер життя постають нові виклики, зокрема й до професійної адвокатської діяльності.

**Метою статті** є дослідження особливостей правового забезпечення конфіденційності спілкування адвоката із клієнтом за допомогою адвокатської таємниці, виявлення наявних проблем у досліджуваній сфері та запропонувати шляхи вдосконалення нормативно-правового регулювання адвокатської таємниці як гарантії конфіденційного спілкування адвоката із клієнтом, зокрема за допомогою Правил адвокатської етики.

**Виклад основного матеріалу.** Адвокатська професія за своїм призначенням є унікальною серед інших правничих спеціальностей. Адвокатська діяльність є найбільш наближеною до суспільства загалом та до кожного окремого його представника, який має потребу в отриманні професійної правової допомоги. Основним і безпосереднім завданням кожного адвоката є допомогти та вирішити про-

блему клієнта, забезпечити його право. З іншого боку, адвокатура є невід'ємною ланкою системи правосуддя та виконує функції покладені на неї державою.

Факт звернення особи до адвоката та відомості, які клієнт повідомив адвокату, мають залишатися в таємниці. Необхідність конфіденційності такого спілкування пояснюється декількома причинами:

1) В абсолютній більшості випадків клієнт звертається до адвоката тоді, коли його право порушується, не визнається або оспорується. Простіше кажучи, клієнт знаходиться в дещо невідгідному положенні та потребує допомоги. Розголошення таких відомостей може відобразитись на репутації клієнта або іншим чином нашкодити йому. Навіть в тому випадку, коли особа звертається до адвоката, не маючи проблем із правом, – потрібно отримати юридичну консультацію з певного питання тощо, розголошення таких фактів може ускладнити або унеможливити досягнення мети, яку переслідує клієнт.

2) Конфіденційність спілкування адвоката з клієнтом сприяє утвердженню довіри та взаєморозуміння між ними. Ефективність наданої адвокатом професійної правової допомоги нівелюється, якщо між ним і клієнтом не досягнуто взаєморозуміння та не встановлено довіри. У той же час, клієнт має бути впевнений у тому, що поділившись з адвокатом своїми проблемами у повному обсязі, він отримає кваліфіковану та результативну правничу допомогу, що вирішить те питання, яке змусило клієнта звернутися до адвоката.

3) Таємниця предмету і факту спілкування адвоката з клієнтом забезпечує невтручання третіх та заінтересованих осіб у взаємовідносини адвокат-клієнт, адже таке втручання може носити корисливий приватний інтерес та погіршувати якість правничої допомоги, яку надає адвокат.

Законодавець врахував необхідність збереження в таємниці спілкування адвоката із клієнтом, передбачивши у ч. 1 ст. 4 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [1], що одним із принципів здійснення адвокатської діяльності є конфіденційність.

В узагальненому вигляді принцип конфіденційності можна сформулювати таким чином: адвокат повинен зберігати всю інформацію, яка стала йому відома із перших моментів спілкування із клієнтом, інформацію, що стосується обставин і фактів, повідомлених клієнтом або таких, що стали відомі адвокату у зв'язку із виконанням доручення, а також сам факт звернення до нього клієнта, і не повинен розголошувати таку інформацію без згоди клієнта, а також, якщо це буде потрібно на підставі закону [2].

Таким чином, не може виникнути заперечень стосовно того, що вже зі знайомства має бути гарантована конфіденційність спілкування адвоката з клієнтом. Конфіденційність такого спілкування має бути забезпечена у будь-якому випадку – навіть якщо за результатами знайомства та обговорення суті доручення клієнта не відбулося укладення договору про надання правової допомоги з об'єктивних та суб'єктивних причин.

Виступаючи втіленням загального принципу конфіденційності адвокатської діяльності адвокатська таємниця, на нашу думку, відіграє роль реальної правової гарантії конфіденційного спілкування адвоката з клієнтом. Законодавець не надає легального визначення поняттю адвокатської таємниці, визначаючи лише її предмет. Предмет адвокатської таємниці складає вся інформація, що стала ві-

дома адвокатуві внаслідок звернення до нього клієнта – від його персональних даних до узгодженої правової позиції. Адвокатська таємниця за своєю сутністю мало чим відрізняється від інших професійних таємниць: нотаріальної таємниці, таємниці виконавчого провадження, банківської таємниці, комерційної таємниці тощо, однак вирізняється особливостями, зумовленими професійною діяльністю адвоката.

Адвокатська таємниця матеріалізує у правовому вимірі принцип конфіденційності та сприяє його правильному тлумаченню і застосуванню адвокатами та іншими особами, на яких вона поширюється, – помічником і стажистом адвоката. Закріплюючи поняття та предмет адвокатської таємниці, законодавець ще раз підкреслює важливість конфіденційного спілкування адвоката із клієнтом.

Адвокатська таємниця як різновид професійної таємниці є необхідною умовою існування незаангажованої, якісної адвокатури, процесуальною гарантією дотримання принципу змагальності під час судового розгляду справи. Потреба досягнення цих завдань зумовила наявність ряду специфічних рис, які властиві адвокатській таємниці як правовому явищу. Адвокатська таємниця виникає у сфері професійної діяльності адвоката як консультанта, представника фізичних та юридичних осіб із правових питань. Тобто підставою віднесення певних відомостей до адвокатської таємниці є професія, правовий статус суб'єкта адвокатської діяльності, який отримує (дізнається) конфіденційну інформацію в процесі виконання своєї роботи із захисту законних прав та інтересів клієнта [3].

Тобто науковці підтверджують, що адвокатська діяльність за своєю природою має здійснюватися конфіденційно, а тому значення адвокатської таємниці не можна применшувати та нівелювати, оскільки таким чином шкода спричиняється авторитету адвокатури у демократичному суспільстві. Збереження адвокатської таємниці є обов'язком адвоката і такий обов'язок є безстроковим.

Межі адвокатської таємниці є предметом багатьох тривалих дискусій. Деякі науковці (А. Г. Кучерена, І. Л. Трунов, О. Г. Яновська) вважають, що адвокатська таємниця є абсолютним поняттям і не може мати жодних меж. На їхню думку, встановлення будь-яких меж адвокатській таємниці нівелює саму ідею конфіденційності спілкування адвоката із клієнтом, оскільки до таких меж можна пристосуватися і знайти можливість розголосити відомості, що насправді повинні зберігатися у таємниці.

Інші науковці (М. І. Бажанов, Ю. С. Пилипенко, Н. А. Подольний, А. М. Пшук) стверджують та наполягають, що адвокатська таємниця може і повинна мати межі з огляду на національну безпеку. Інакше кажучи, інтереси національної безпеки мають стояти вище за інтереси окремо взятої особи. Особливо гостро це питання постає в сучасних умовах – в умовах ведення активних бойових дій та введення правового режиму воєнного стану на всій території України.

Варто зазначити, що законодавець у профільному законі передбачив деякі межі адвокатської таємниці. Так, не вважається порушенням адвокатської таємниці подання адвокатом інформації до центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, та держателю Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та гро-



мадських формувань. Варто вказати, що закріплюючи таку норму, законодавець наділяє адвоката правом, а не обов'язком щодо повідомлення такого роду інформації уповноваженому суб'єктові. Презюмується, що адвокат повинен самостійно вирішити питання повідомлення відповідної інформації уповноваженому суб'єктові, спираючись на значення та достовірність такої інформації, а також враховуючи позицію адвокатської спільноти з цього приводу.

Вважаємо, що така позиція законодавця підкреслює незалежність та самостійність інституту адвокатури у громадянському суспільстві демократичної держави. Так, вказана норма надає певну дискрецію адвокатській спільноті загалом та кожному окремо взятому адвокату щодо вирішення питання, чи слід розкривати адвокатську таємницю у таких випадках. Національній асоціації адвокатів України доцільно розробити відповідні рекомендації для узагальнення відповідної практики та сприяння утвердженню уніфікованого підходу до вирішення подібного роду дилем адвокатом.

Як бачимо, законодавець приймає позицію тих науковців, які наполягають на існуванні певних меж у адвокатській таємниці як гарантії конфіденційного спілкування адвоката із клієнтом. В умовах європейської та євроатлантичної інтеграції України питання боротьби з корупцією стоїть на першому місці серед завдань для українського законодавця, тому такий підхід, на нашу думку, є обґрунтованим, виваженим та мотивованим.

Інші групи кримінальних правопорушень (передусім проти життя і здоров'я особи) також мають бути проаналізовані на предмет доцільності збереження адвокатської таємниці щодо відомостей, які стосуються таких кримінальних правопорушень. Законодавець за підтримки науковців має віднайти розумний баланс між необхідністю збереження конфіденційності спілкування адвоката із клієнтом та суспільною необхідністю повідомлення про окремі види кримінальних правопорушень з метою запобігання таким кримінальним правопорушенням.

Враховуючи вищевикладене та сьогоденні реалії, можемо зробити проміжний висновок, що законодавцеві слід продовжити роботу у цьому напрямі, встановлюючи межі адвокатської таємниці й в інших випадках. Так, коли Україна щодня бореться за свої незалежність, суверенітет та територіальну цілісність, поширення адвокатської таємниці на відомості, які стосуються готування до вчинення або безпосередньо вчинення кримінальних правопорушень проти національної безпеки України, проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, видається найбільш абсурдним та нелогічним.

За аналогією із логікою законодавця щодо надання адвокатуві права розкрити адвокатську таємницю, якщо її предмет становлять відомості щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, слід закріпити на законодавчому рівні, що розголошення адвокатом відомостей, що стосуються готування до вчинення або безпосередньо вчинення кримінальних правопорушень проти життя та здоров'я особи, проти національної безпеки України, проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку не є порушенням адвокатської таємниці та не може бути підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної, адміністративної або кримінальної відповідальності. Зазначені новації, на нашу думку, повністю відповідатимуть положенням

Рекомендації Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів № R (2000) 21 від 25.10.2000, яка з-поміж іншого вказує на таке: «Адвокатам належить зберігати професійну таємницю відповідно до національних законів, підзаконних актів і професійних стандартів. Будь-яке порушення професійної таємниці без згоди клієнта має підлягати належним санкціям ... Слід вживати всіх необхідних заходів для забезпечення додержання конфіденційності відносин між адвокатом і його клієнтом. Винятки з цього принципу можна дозволяти, лише якщо вони сумісні з принципом верховенства права» [4].

В Україні визнається і діє принцип верховенства права, який можна найбільш загально охарактеризувати так: людина, її життя та здоров'я, честь та гідність визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Відповідно, у нашій реальності можливі випадки, коли інтереси держави, суспільства або навіть окремої особи є вищими за інтереси особи, яка звернулася до адвоката за правничою допомогою. Відповідно, законодавцеві й адвокатській спільноті слід приділити максимальну увагу таким випадкам і відповідним чином врегулювати їх.

Перераховані обставини та факти є винятком із загального правила щодо необхідності збереження адвокатської таємниці як гарантії конфіденційного спілкування адвоката із клієнтом і підтверджують дію принципу верховенства права у всіх сферах правової системи України та повністю узгоджуються із міжнародними стандартами.

Адвокатська таємниця однозначно не є абсолютним поняттям. Це підтверджується також і тим, що інформація та документи можуть втратити статус адвокатської таємниці за згодою клієнта, що викладена у її письмовій заяві. Тобто адвокат має право звернутися до свого клієнта з проханням щодо розголошення окремих відомостей, що становлять предмет адвокатської таємниці. Адвокат може пояснити об'єктивну необхідність такого розголошення та мотивувати своє прохання переліком об'єктивних і суб'єктивних факторів. Клієнт може погодитись або не погодитись на таку пропозицію. Вказане свідчить про певну диспозитивність правового регулювання режиму адвокатської таємниці. При чому адвокат може розголосити не всі відомості, що становлять предмет адвокатської таємниці із певним клієнтом, а лише окрему частину таких відомостей, обґрунтовуючи перед клієнтом необхідність такого розголошення. Крім того, адвокат з клієнтом можуть домовитися про особливості такого розголошення з метою якомога забезпечення інтересів обох (нерозголошення персональних даних тощо). Зазначене сприяє гарантуванню конфіденційного спілкування адвоката із клієнтом. Тим не менше, з аналізу законодавства вбачається, що законодавець свідомо допускає, що будь-яка інформація, що є предметом адвокатської таємниці, може втратити такий статус за домовленістю між адвокатом і клієнтом.

За допомогою аргументації було доведено, що адвокатська таємниця як гарантія конфіденційного спілкування адвоката із клієнтом об'єктивно має свої межі. Тим не менше, ми презюмуємо, що в абсолютній більшості випадків адвокатська таємниця не може бути розголошена, оскільки межі адвокатської таємниці є досить широкими, а винятки зустрічаються досить рідко і є сукупністю відверто складних обставин і юридичних фактів, які мають бути неспростовними.

На практиці ж, на жаль, досить часто трапляються випадки, коли адвокати розголошують відомості, що становлять предмет адвокатської таємниці, за від-



сутності будь-яких підстав для такого розголошення. Непоодинокими є випадки, коли таке розголошення відбувається навіть несвідомо. Здебільшого, таке розголошення не носить корисливого характеру, не призводить до покращення матеріального стану адвоката та навіть не шкодить його клієнтові, який часто навіть не знає про таке розголошення. Найбільш поширеним розголошення адвокатом предмету адвокатської таємниці відбувається під час спілкування із родиною, друзями, близькими, колегами. Таке розголошення, на перший погляд, не має негативних наслідків та взагалі ніяк не проявляється. Проте, на нашу думку, такі дії адвоката можуть призвести до спричинення шкоди авторитетові адвокатури загалом та окремого адвоката зокрема. З огляду на соціально-психологічну природу людини, розповсюдження відомостей, що становлять предмет адвокатської таємниці, у відкладеній перспективі може піддавати сумніву професіоналізм та компетенцію адвоката, а також незалежність та незаангажованість адвокатури. Такі наслідки у своїй сукупності сприятимуть погіршенню сприйняття адвокатури суспільством.

На нашу думку, адвокатська спільнота самостійно має здійснювати ефективний та достатній контроль за дотриманням адвокатом принципу конфіденційності. Розголошення відомостей, що становлять предмет адвокатської таємниці, визнано законодавцем та адвокатською спільнотою дисциплінарним проступком, що є прямою фактичною підставою дисциплінарної відповідальності адвоката. Необхідно обов'язково зазначити, що вчинення адвокатом дисциплінарного проступку у вигляді розголошення відомостей, що становлять предмет адвокатської таємниці, без письмової згоди клієнта обов'язково має тягнути за собою накладення на адвоката дисциплінарного стягнення – незалежно від того, чи спричинило таке розголошення настання певних негативних наслідків для клієнта.

Як впливає з положень законодавства та ст. ст. 10, 22, 34, 35, 55, 60 Правил адвокатської етики [5], адвокат зобов'язаний створити належні умови зберігання документів та інформації, переданих йому клієнтом, адвокатських досьє та інших матеріалів, що перебувають у його розпорядженні й містять адвокатську таємницю. Станом на сьогодні контроль за забезпеченням адвокатом режиму адвокатської таємниці на відповідну інформацію взагалі не здійснюється. З цього приводу, на нашу думку, слід запозичити досвід контролю за діяльністю приватних нотаріусів і приватних виконавців. Так, слід розробити положення, за допомогою якого, в загальному, роз'яснити яким чином адвокат може забезпечити збереження адвокатської таємниці. Органи адвокатського самоврядування мають бути наділені правом перевіряти забезпечення умов для збереження адвокатської таємниці. Особливо гостро це питання постає у тому випадку, якщо адвокат не має окремого кабінету, а здійснює свою діяльність у кабінеті з іншими адвокатами або у себе вдома. У таких випадках збереження адвокатської таємниці як гарантії конфіденційного спілкування адвоката із клієнтом ставиться під загрозу, що є неприпустимим, оскільки негативно відображається на ефективності та результативності професійної адвокатської діяльності.

**Висновки і пропозиції.** Конфіденційність спілкування адвоката із клієнтом є одним з основоположних принципів адвокатської діяльності. Дотримання принципу конфіденційності є необхідною і найважливішою передумовою довірчих відносин між адвокатом і клієнтом, без яких є неможливим належне надан-

ня правової допомоги, здійснення захисту та представництва. Це пояснюється соціально-правовою природою взаємовідносин адвокат-клієнт.

Нормативно-правовим вираженням принципу конфіденційності адвокатської діяльності є адвокатська таємниця як гарантія того, що всі відомості, які стали відомі адвокатуві внаслідок звернення до нього клієнта, та сам факт такого звернення не можуть бути розголошені. Відповідно, такі відомості та факти становлять предмет адвокатської таємниці яка охороняється законом. Проте адвокатська таємниця не є абсолютним поняттям. Законодавець передбачає окремі випадки, коли розголошення таких відомостей не є порушенням адвокатської таємниці. У сучасних умовах назріла необхідність доповнити перелік таких випадків.

Випадки розголошення адвокатами адвокатської таємниці сьогодні не є поодинокими, у зв'язку із цим адвокатській спільноті слід здійснювати більш ретельний контроль за дотриманням принципу конфіденційності адвокатської діяльності, шляхом вироблення відповідних додаткових вимог до адвокатів. Розголошення адвокатом відомостей, що становлять предмет адвокатської таємниці, без належної правової підстави та без згоди клієнтом є дисциплінарним проступком і має тягнути за собою накладення на адвоката дисциплінарного стягнення незалежно від того, чи настали внаслідок такого розголошення негативні наслідки для клієнта.

### Список використаної літератури

---

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: <http://surl.li/bvzhp>.
2. Насадюк О. С. Неабсолютна таємниця. *Український адвокат*. 2013. № 10 (38). С. 36.
3. Маркін С. І. Адвокатська таємниця як елемент системи професійної таємниці. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. Спецвипуск. С. 99.
4. Рекомендація № R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів: Ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 727 засіданні заступників міністрів 25.10.2000 р. URL: <http://surl.li/ftteg>.
5. Правила адвокатської етики : затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів 09.06.2017 р., зі змінами, затвердженими З'їздом адвокатів України 15.02.2019 р. URL: <http://surl.li/bvzhu>.

### References

---

1. On advocacy and advocacy: Law of Ukraine dated 07/05/2012. No. 5076-VI. URL: <http://surl.li/bvzhp>. [in Ukrainian].
2. Nasadyuk O. S. (2013). Non-absolute secret. *Ukrainian lawyer*. No. 10 (38). P. 36. [in Ukrainian].
3. Markin S. I. (2019). Lawyer's secrecy as an element of the system of professional secrecy. *Actual problems of domestic jurisprudence*. Special issue. P. 99. [in Ukrainian].
4. Recommendation No. R (2000) 21 of the Committee of Ministers to member states on the freedom of professional activity of lawyers: Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe at the 727th meeting of deputy ministers on 10.25.2000. URL: <http://surl.li/ftteg>. [in Ukrainian].
5. Rules of lawyer ethics: approved by the Reporting and Electoral Congress of Lawyers on June 9, 2017, with changes approved by the Congress of Lawyers of Ukraine on February 15, 2019. URL: <http://surl.li/bvzhu>. [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

*I. V. Bondar*, Doctor of Law, Associate Professor  
Taras Shevchenko Kyiv National University  
the Department of Notarial, Executive Process and Advocacy, Prosecutor's Office  
Judiciary of the Educational and Scientific Institute of Law  
St. Volodymyrska, 60, Kyiv, 01033, Ukraine  
e-mail: irbond2223@gmail.com  
ORCID ID: 0000-0002-9489-963X

*Yu. M. Basyuk*, student 2nd year of the Master's program  
of the Educational and Scientific Institute of Law  
Taras Shevchenko Kyiv National University  
St. Volodymyrska, 60, Kyiv, 01033, Ukraine  
e-mail: yuriybasuk@gmail.com  
ORCID ID: 0009-0001-5341-9740

## LAWYER SECRECY AS A GUARANTEE OF CONFIDENTIAL COMMUNICATION OF THE LAWYER WITH THE CLIENT

### Summary

The article examines issues related to the application of the principle of confidentiality of advocacy as one of the most important principles of the advocacy profession. The confidentiality of advocacy consists primarily in guaranteeing the confidentiality of the lawyer's communication with the client. Such communication is special in nature and reflects the social purpose of advocacy in the civil society of a democratic state.

The article defines that the principle of confidentiality of the lawyer's communication with the client is revealed through the concept of lawyer's secrecy in the regulatory legal regulation of the lawyer's activity. Lawyer secrecy is a type of professional secrecy. Its purpose is the non-disclosure of information that became known to the lawyer as a result of the client's appeal to him, and the very fact of such an appeal. The specified information in its totality constitutes the subject of attorney's secrecy.

The article proves that lawyer secrecy is not an absolute category and has its limits objectively recognized by the legislator. In modern conditions, such boundaries should be supplemented and detailed. Nevertheless, there are discussions in scientific circles about the character and nature of attorney's secrecy as a guarantee of confidential communication between a lawyer and a client.

The article states that the cases of violation by lawyers of the principle of confidentiality of lawyer's activity are not isolated. Cases of disclosure by a lawyer of information that is the subject of lawyer's secrecy have a negative impact on the legal profession in general. Such cases should be minimized. For the act of disclosing information that is the subject of attorney's secrets, the attorney must inevitably be subject to disciplinary liability.

The article proposes measures to strengthen control over lawyers' observance of the principle of confidentiality of communication with the client by ensuring sufficient and proper conditions for storing information that is the subject of attorney's secrecy.

**Keywords:** lawyer secrecy, guarantees of lawyer's activity, lawyer's ethics, lawyer's relationship with the client.

*Н. В. Ільєва*, канд. юрид. наук, доцент  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра адміністративного та господарського права  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: [nv-ilieva@onu.edu.ua](mailto:nv-ilieva@onu.edu.ua)  
ORCID ID: 0000-0002-5710-1318

*О. М. Ковальчук*, адвокат, здобувач третього  
(освітньо-наукового) рівня вищої освіти  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра адміністративного та господарського права  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: [7olegkovalchuk@gmail.com](mailto:7olegkovalchuk@gmail.com)

## РОЛЬ АДВОКАТУРИ В СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ПРАВОВІДНОСИН

У статті здійснено аналіз ролі адвокатури та функціонування адвокатської діяльності в сфері публічних правовідносин. Необхідність визначення відповідної ролі адвокатури в сфері публічних правовідносин зумовлено природою та розвитком адвокатури в умовах економічних і політичних перетворень, що відбуваються в країні, активізацією політико-правового життя, появою нових аспектів життєдіяльності суспільства. Принципові позиції і оцінки, зроблені в дослідженні, зумовлені сучасними теоретичними поглядами на адвокатуру, як на недержавний, незалежний, самоврядний інститут, що має на меті реалізацію конституційної гарантії забезпечення кваліфікованої юридичної допомоги, судового представництва і захисту. Виконання цих функцій вимагає встановлення статусу достатньої автономії адвокатури, певного рівня її незалежності від органів державної влади, розвитку адвокатського самоврядування.

**Ключові слова:** адвокат, адвокатура, публічні правовідносини, публічне право, адміністративне право, органи державної влади, адміністративні правовідносини.

**Постановка проблеми.** Актуальність досліджуваної теми полягає в тому, що в українській доктрині адміністративного права змінюється підхід до розуміння сутності публічно-правових відносин та виникає необхідність у її модернізації, яка б дозволила спрямувати діяльність суб'єктів владних повноважень, під час виконання покладених на них функцій, у русло максимального забезпечення та сприяння реалізації прав та свобод громадянина. Саме адвокатська діяльність та участь адвоката в публічних правовідносинах є важливим елементом у системі захисту законних прав і свобод громадян. В той же час, для реалізації своєї правозахисної діяльності, роль самого адвоката в сфері публічних правовідносин повинна регламентуватись законодавчими нормами.

Адвокатура займає значну роль в сфері публічних правовідносин і покликана сприяти захисту правових інтересів громадян, насамперед, даного соціуму

та держави, вона відіграє фундаментальну роль у дотриманні та встановленні верховенства права та людських прав і свобод. Це комплексний прояв як державного, так і суспільного інтересу, адже саме завдяки адвокатурі по-справжньому правова держава реалізує її обов'язок у забезпеченні прав та свобод своїх громадян. З одного боку, діяльність адвокатів має конституційно-обумовлене та державно-значуще значення, а з іншого – адвокати повинні бути максимально незалежними від держави для ефективного захисту громадян та юридичних осіб від адміністративного свавілля. Адвокатура, за своєю суттю, є унікальним юридичним конструктом, єдиною організацією, яка виконує публічно-правову функцію, і в той же час, максимально дистанціюється від державного апарату.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Більшість науковців в своїх публікаціях фрагментарно торкаються питання ролі та функціонування адвокатури в сфері публічних правовідносин. Зокрема, окремі аспекти цього питання висвітлюються у працях таких вчених, як Т. Б. Вільчик, С. В. Гончаренко, А. В. Кузьмінних, І. Є. Марочкін, А. М. Подоляка, Г. М. Резнік. Втім, провівши ґрунтовний аналіз вже наявних досліджень, можна дійти до висновку, що питання ролі адвокатури в сфері публічних правовідносин мало досліджувалась в межах вітчизняної науки адміністративного права.

**Метою даної статті** є аналіз та дослідження ролі адвокатури та закономірностей її функціонування в сфері публічних правовідносин.

**Виклад основного матеріалу.** При визначенні статусу і ролі адвокатури у сфері публічних правовідносин, слід акцентувати увагу на умовах та напрямках її взаємодії з державними органами. Зумовлюється зазначена співпраця тим, що, з одного боку, адвокат може виступати й захисником посадових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування, представляти їх інтереси в судовій системі, а з іншого – адвокатська діяльність може бути й захисним механізмом для громадянського суспільства. Сутність інституту адвокатури проявляється і в тому, що одночасно він є невід'ємною частиною судочинства, незалежність якого ґрунтується на поділі влади, що може функціонувати лише при наявності дійсно незалежної адвокатури. Реалізація принципу незалежності професійної діяльності адвокатів безпосередньо пов'язана з дуалістичною природою інституту адвокатури у правовій державі: по-перше, адвокат – це необхідний елемент правозахисної системи, а по-друге – професійний консультант громадян та їх об'єднань з юридичних питань. Обидві ці функції адвокат може виконувати лише в тому випадку, якщо правове середовище може гарантувати йому незалежність. Тільки позбавлення апаратного впливу забезпечує адвокату здатність урівноважувати та співвідносити ці два полюси та вибрати зважену правову позицію для балансу інтересів. Дуалістичність адвокатської діяльності в структурі публічних відносин в силу характерних функцій, покладених на них соціумом та державою, дозволяє адвокату пов'язувати воєдино суспільні інтереси в системі адміністративно-правового регулювання.

Як слушно зазначає Т. В. Вільчик, «адвокатська діяльність відображає публічний інтерес суспільства, який, у тому числі, полягає в зміцненні режиму законності, охорони прав громадян, забезпеченні принципу змагальності у судовому процесі, досягненні істини, своєчасному припиненні порушень прав і свобод громадян, поновленні порушених прав [1, с. 62]. В свою чергу, Г. М. Резніков





у статті 131-2 Конституції України. Засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні визначаються законом [6].

Законом України «Про адвокатуру» від 19 грудня 1992 року вперше було встановлено, що адвокатура України є добровільним професійним громадським об'єднанням, покликаним сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, надавати їм іншу юридичну допомогу [8].

І. Є. Марочкін окреслює Закон України «Про адвокатуру» 1992 року як такий, що «значно розширив спектр професійних прав адвокатів, передбачив гарантії адвокатської діяльності, які передусім служать меті надання адвокатуві максимальних можливостей для захисту та представництва прав і законних інтересів громадян України. Вчений наголошував, що цей Закон докорінно змінив роль та місце адвокатури в суспільстві, закріпив підвалини діяльності цього найважливішого правозахисного інституту як дійсно незалежного. Закон України «Про адвокатуру» був першим Законом про адвокатську професію у пострадянському просторі, який заклав високий демократичний потенціал функціонування адвокатури способу захисту прав людини в публічно-правовому полі» [9, с. 186].

Водночас, відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року, «адвокатура України – недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому цим Законом» [11, ст. 2].

Нормативно-правовому регулюванню взаємовідносин адвокатури та держави в Україні присвячена ст. 5 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року, яка закріплює, що «адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб. Держава створює належні умови для діяльності адвокатури та забезпечує дотримання гарантій адвокатської діяльності» [11, ст. 5].

Для того, щоб охарактеризувати завдання та функції адвоката в адміністративних правовідносинах, варто звернутись до положень ч. 1 ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», в якій перераховано такі види адвокатської діяльності: «1) надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правовий супровід діяльності юридичних і фізичних осіб, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, держави; 2) складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру; 3) представництво інтересів фізичних і юридичних осіб, держави, органів державної влади, органів місцевого самоврядування в іноземних, міжнародних судових органах, якщо інше не встановлено законодавством іноземних держав, статутними документами міжнародних судових органів та інших міжнародних організацій або міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України та інші» [11, ст. 19].

Статтею 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачається кілька документів, за якими адвокат може діяти від імені клієнта в органах публічного адміністрування. Зокрема, його повноважен-





нить негативний вплив на рівень та якість правової допомоги. Виконуючи згадані позитивні зобов'язання, держава, безсумнівно, повинна володіти достатньо широким колом дискреційних повноважень щодо визначення порядку, способів, обсягів, форм забезпечення безоплатної правової допомоги. Більше того, держава, будучи відповідальною за якість правової допомоги, очевидно, має контролювати й кадровий склад та фаховий рівень адвокатів, що залучені у цей вид діяльності. Перефразовуючи відомий вираз – хто надає фінансування, той і визначає правила [7, с. 86].

Іншу думку висловлює С. В. Гончаренко, стверджуючи, що «таке втручання є правомірним та відповідним до європейських стандартів, але тільки при умові дотримання двох ключових стандартів: 1) втручання має бути таким, що повністю, без жодних «перегинів» відповідає поставленій меті – воно повинно слугувати виключно забезпеченню ефективної безоплатної правової допомоги; 2) втручання має бути пропорційним, тобто таким, що є мінімально необхідним для визначеної мети. Лише в таких вузьких межах держава вправі впливати й контролювати адвокатуру в царині надання безоплатної правової допомоги. В протилежному випадку, якщо держава під благородними гаслами вдається до дій, що обмежують суверенність адвокатури в більшому обсязі, ніж це мінімально необхідно для досягнення поставленої законної мети, – порушення фундаментальних принципів адвокатури неминуче [3, с. 14]. Тут можна лише додати, що наслідком такого втручання може бути не лише порушення вказаних принципів, а й конституційних прав особи, що користується адвокатською допомогою.

На сучасному етапі адвокатура, функціуючи в сфері публічних правовідносин, створює умови вільної комунікації суб'єктів адвокатської діяльності між собою та з органами державної влади, міжнародними організаціями, громадянським суспільством та його членами. Адвокат став тим зв'язуючим елементом у публічних відносинах, що налагоджує правильний напрямок для плідної співпраці та допомагає дійти компромісу всім суб'єктам адміністративно-правового регулювання. В свою чергу, забезпечення принципів такої взаємодії дозволить знайти баланс між інтересами інституту адвокатури та державними органами для ефективної реалізації основної конституційної функції – забезпечення прав людини.

Діяльність адвокатури і держави спрямована на єдину значиму мету – захист прав і свобод людини, а тому не може бути протиставлена одна іншій. Так, як і держава, адвокатура здійснює свою діяльність на підставі Конституції України, відповідно до якої вищою конституційною цінністю оголошені права та свободи людини, а їх захист – обов'язок держави. Тому відносини адвокатури та державної влади в суспільстві повинні носити рівноправний характер. Держава, яка визначає себе як правова, має бути зацікавлена у високій професійності інституту адвокатури. Держава повинна забезпечувати незалежність адвокатури і доступність юридичної допомоги; сприяти здійсненню заходів щодо підвищення кваліфікації адвокатів, вживати заходів щодо захисту адвокатів від переслідувань, необґрунтованих обмежень їх професійної діяльності, зауважує А. В. Кузьмінних [7, с. 128]. Саме тому держава мусить усіма способами сприяти та допомогати інституту адвокатури, але не контролювати його. Держава регулює діяльність адвокатури, видаючи закони і встановлюючи правила, за якими діє адвокат.

**Висновки і пропозиції.** Таким чином, слід зазначити, що адвокатура грає особливу роль в сфері публічних правовідносин та здійснює адміністративно-правовий захист прав і законних інтересів громадян. А взаємодія органів державної влади та адвокатури повинна здійснюватись на основі партнерства та об'єднання зусиль, в умовах побудови правової держави та громадянського суспільства в Україні.

Функціонування інституту адвокатури в Україні від початку свого зародження і до сучасності, дозволило сформуванню цілий ряд вагомих змін на державницькому рівні. Це й впровадження незалежності адвокатської діяльності від виконавчої та судової гілок влади, забезпечення виконання фінансових зобов'язань державою відносно адвокатів, закріплення правових гарантій професійної діяльності адвокатів, впровадження представництва інтересів фізичних і юридичних осіб на рівні з державою та ін.

### Список використаної літератури

1. Вільчик Т. Б. Адвокатура і держава: взаємодія в забезпеченні прав і законних інтересів громадян. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2014. № 10-1. С. 62-65.
2. Вільчик Т. Б. Системи органів адвокатського самоврядування в країнах Європейського Союзу: Італія, Німеччина, Франція. Право та інноваційне суспільство. 2015. № 2 (5). URL: <http://apir.org.ua/wp-content/uploads/2015/12/Vilchuk.pdf> (дата звернення: 12.01.2023).
3. Гончаренко С. В. Проблеми надання безоплатної правової допомоги. Короткий огляд новітніх тенденцій. Адвокат. 2011. № 11. С. 12-16.
4. Коваль К. Внутрішні стандарти адвокатури. Український адвокат. № 7 (83), липень 2013. URL: <http://k-z.com.ua/pravovoi-aktsent/30142-vnutrishni-standarti-advocaturi>. (дата звернення: 12.01.2023).
5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Прийнята 4 листопада 1950 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text) (дата звернення: 14.01.2023).
6. Конституція України від 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
7. Кузьмінних А. В. Роль інституту адвокатури в реалізації правозахисної функції громадянського суспільства: дис. ... канд. політ. наук. Одеса. 2008. 218 с.
8. Про адвокатуру: Закон України від 19 грудня 1992 року № 2887-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2887-12#Text> (дата звернення: 09.03.2023).
9. Марочкін І. Є., Сібільова Н. В., Тихий В. П. та ін. Організація судових та правоохоронних органів: підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. Харків: ТОВ «Одіссей». 2007. 528 с.
10. Подоляка А. М. Захист прав і свобод громадян засобами адвокатури. Форум права. 2009. № 1. С. 429-433.
11. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 року № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 09.03.2023).
12. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 року № 3460-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text> (дата звернення: 09.03.2023).
13. Резнік Г. М. До питання про конституційний зміст поняття «кваліфікована юридична допомога». Адвокат. 2007. № 4. 32 с.

## References

---

1. Vilchik, T. B. (2014). Advocate and the state: interaction in ensuring the rights and legitimate interests of citizens. Scientific Bulletin of the International Humanitarian University. Ser.: Jurisprudence. No. 10-1. P. 62-65 [in Ukrainian].
2. Vilchik, T. B. (2015). Systems of self-governing bodies of lawyers in the countries of the European Union: Italy, Germany, France. Law and innovative society. 2 (5). URL: <http://apir.org.ua/wp-content/uploads/2015/12/Vilchyk.pdf> (access date: 12.01.2023) [in Ukrainian].
3. Goncharenko S. V. (2011). Problems of providing free legal aid. A brief overview of the latest trends. Lawyer. No. 11. P. 12-16 [in Ukrainian].
4. Koval K. (2013). Internal standards of advocacy. Ukrainian lawyer. No. 7 (83), July 2013. URL: <http://k-z.com.ua/pravovoi-aktsent/30142-vnutrishni-standarti-advocaturi>. (date of application: 12.01.2023) [in Ukrainian].
5. Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. November 4, 1950. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text) (access date: January 14, 2023) [in Ukrainian].
6. Constitution of Ukraine dated June 28, 1996 p. Bulletin of the State of Ukraine, 1996. No. 30. Art. 141 [in Ukrainian].
7. Kuzminnykh A. V. (2008). The role of the legal profession in the implementation of the human rights function of civil society: diss. ... candidate flight. of science. Odesa. 218 p. [in Ukrainian].
8. On advocacy: Law of Ukraine dated December 19, 1992. No. 2887-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2887-12#Text> (date of application: 09.03.2023) [in Ukrainian].
9. Marochkin I. E., Sibileva N. V., Tyhiy V. P. and others (2007). Organization of judicial and law enforcement bodies: a textbook for students of legal specialties of higher educational institutions. Kharkiv: «Odyssey» LLC. 528 p. [in Ukrainian].
10. Podoliaka A. M. (2009). Protection of the rights and freedoms of citizens by means of advocacy. Law forum. No. 1. P. 429-433 [in Ukrainian].
11. On advocacy and advocacy: Law of Ukraine dated July 5, 2012. No. 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (date of application: 09.03.2023) [in Ukrainian].
12. On free legal aid: Law of Ukraine dated June 2, 2011. No. 3460-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text> (date of application: 09.03.2023) [in Ukrainian].
13. Reznik H. M. (2007). On the question of the constitutional content of the concept of «qualified legal assistance». Lawyer. No. 4. 32 p. [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.



DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2023.49.276019>

УДК 342.737;34.037

*Т. В. Степанова*, докт. юрид. наук, професор, завідувачка кафедри  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра конституційного права та правосуддя  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: t.stepanova@onu.edu.ua  
ORCID ID: 0000-0002-7419-0770

*А. В. Левенець*, канд. юрид. наук, доцент, доцент  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра конституційного права та правосуддя  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: angel1lev@onu.edu.ua  
ORCID ID: 0000-0002-1941-513X

### ЗАХИСТ ПРАВА НА ЖИТЛО: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ТА СУДОВА ПРАКТИКА

У статті досліджуються питання сучасного стану нормативного регулювання права на житло, обґрунтовується комплексний характер даного права, захист якого можливий лише спільними засобами конституційного, кримінального, адміністративного, цивільного та житлового права. Підкреслюється необхідність термінового оновлення профільного житлового законодавства, зокрема розробка та прийняття Житлового кодексу України, який би відповідав сучасним умовам соціально-економічного та політичного розвитку нашої держави, а також вирішив численні колізії у цій галузі, починаючи з самого поняття «житло», невизначеність якого веде до порушень та зловживань з боку публічної влади. Проаналізовано позиції судової влади щодо захисту права на житло на основі окремих рішень Конституційного Суду України та Верховного Суду, що дає змогу констатувати наближення національної судової практики у цій галузі до відповідних міжнародних стандартів.

**Ключові слова:** судовий захист, право на житло, доступ до правосуддя, судове провадження, виселення з житла, втрата права на користування житлом, судова практика.

**Постановка проблеми.** Право на житло є одним з надважливих конституційних прав людини, яке прямо пов'язане з її гідним існуванням у межах власного, захищеного від зовнішнього втручання простору. Складність реалізації та захисту права на житло полягає у тому, що з одного боку житло – це необхідна складова достатнього життєвого рівня будь-якої людини, від якої прямо залежить реалізація низки інших основних прав (право на особисту недоторканність, здоров'я, сімейний стан, отримання адміністративних та соціальних послуг), а з іншого боку житло – це досить високий за вартістю майновий ресурс, який завжди матиме обмежений характер, особливо для держав з низьким рівнем економічного розвитку.

Забезпечення та захист права на житло є комплексним інститутом, основні засади якого регулюються нормами Конституції України та знаходять своє про-





ми, як «один з елементів права на житло» та у якості висновку підкреслюють: «право на захист житлових прав знаходиться в структурі суб'єктивного права на житло, воно частково конкретизоване в нормах ЦК, ЖК, з моменту порушення самого суб'єктивного права задіюються механізми цивільно-правового захисту і виникнення відповідного обов'язку в правопорушника поновити ушкоджене суб'єктивне житлове право» [3, с. 160].

Вважаємо, що механізм захисту будь-якого суб'єктивного права розпочинається із нормативних гарантій, які встановлюють відповідні способи та засоби такого захисту. Як вже було зазначено вище, саме право на житло встановлюється у ст. 47 Конституції України. Зі змісту даної конституційної норми вбачаємо матеріальну частину, яка виражена конструкцією: «кожен має право на житло» та окремі гарантії даного права: 1) зобов'язання держави щодо створення умов, за яких кожен матиме можливість побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду; 2) зобов'язання держави забезпечити безкоштовно або за доступну плату житлом громадян, які потребують соціального захисту; 3) загальна заборона примусового позбавлення житла особи, окрім як на підставі закону та за рішенням суду. Також до конституційних гарантій захисту права на житло можна віднести ст. 8 Конституції України, яка встановлює пряму дію норм Конституції та можливість захисту своїх прав у суді безпосередньо на підставі конституційних норм. Особливу роль у системі конституційних гарантій захисту прав людини відіграє ст. 55 Конституції України, у якій визначено: право кожного на судовий захист; право на оскарження дій або бездіяльності органів державної влади та місцевого самоврядування у суді; право на звернення за захистом своїх прав до Уповноваженого ВРУ з прав людини; право на звернення з конституційною скаргою до Конституційного Суду України, а також право після використання всіх засобів національного захисту на звернення до міжнародних судових установ та організацій, членом або учасником яких є Україна [1, ст. 55].

Складність механізму захисту права на житло полягає, перш за все, у різному розумінні категорії «житло» в окремих галузях права та відсутності й досі нового житлового кодексу як профільного акту, який і мав би системно та детально врегулювати окреслені питання. Не вдаючись детально у сутність категорії «житло» в аспекті норм національного та міжнародного права, оскільки проведення такого аналізу значно розширить предмет нашого дослідження, зазначимо лише, що враховуючи пріоритет норм Конституції як Основного Закону держави, притримуємось узагальнюючого підходу до права на житло як основного права людини, яке пов'язано з охороною та захистом місця її постійного або тимчасового проживання. За такого підходу захист права на житло не може обмежуватись лише питаннями майнових прав, що охоплюються нормами цивільного права, а потребує комплексного аналізу засобів адміністративного, житлового, цивільного та кримінального права.

У межах адміністративно-правового регулювання захист права на житло представляє собою діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування, направлену на створення умов для придбання житла чи взяття його в оренду, здійснення контролю за відповідністю житла встановленим нормам технічного та побутового стану, забезпечення житлом осіб, які належать до різних соціальних груп та мають право на отримання житла за кошти державного або

місцевих бюджетів, а також відшкодування збитків за рахунок держави особі, яка зазнала порушення свого права на житло через незаконні дії або бездіяльність органів публічної влади (наприклад, через винесення неправомірного рішення суду). Важливим складовим елементом адміністративно-правового захисту права на житло дослідниця Ю. С. Лепех вважає інститут державного контролю за законністю діяльності органів публічної адміністрації та їх посадових осіб. Видами такого контролю авторка виділяє парламентський, президентський та урядовий. Особливу увагу дослідниця приділяє діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у галузі захисту права на житло, наводячи конкретні випадки розгляду Уповноваженим звернень про порушення відповідного права. Наприклад, «гр. А. Андрущенко, учасник ліквідації наслідків аварії на ЧАЕС категорії 2, ветеран військової служби, тривалий час не міг реалізувати своє право на позачергове надання житла. Уповноваженим було відкрито провадження щодо порушення прав громадянина. Після вжитих Уповноваженим заходів він був забезпечений жилим приміщенням» [6, ст. 159].

Цивільно-правові способи та засоби захисту майнових та особистих немайнових прав осіб передбачені ст. 16, 17 ЦК України, а безпосередньо поняття житла та його видів регулюються ст. 379-383 ЦК України. Ч. 2 ст. 16 ЦК України встановлює перелік способів захисту цивільних прав судом, до яких належать: «1) визнання права; 2) визнання правочину недійсним; 3) припинення дії, яка порушує право; 4) відновлення становища, яке існувало до порушення; 5) примусове виконання обов'язку в натурі; 6) зміна правовідношення; 7) припинення правовідношення; 8) відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; 9) відшкодування моральної (немайнової) шкоди; 10) визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб» [5, ст. 16]. Конституційне право на житло включає також такі дві важливі складові, як вільний вибір місця проживання та недоторканність житла, які знаходять своє продовження і у положеннях ЦК України (ст. 310, 311). Досить часто при реалізації права на житло адміністративно-правові відносини, які виникають між органом публічної влади та особою, наприклад – при прийнятті рішення органом державної влади чи місцевого самоврядування про надання особі соціального житла, стають передумовою до виникнення цивільно-правових відносин – укладення договору оренди відповідного соціального житла, що також підкреслює комплексний характер самого права.

У межах кримінального права та процесу питання про захист права на житло часто постає у контексті поваги до недоторканності житла, що може мати місце як при захисті житла особи від несанкціонованого проникнення іншими особами з відповідно встановленим покаранням за здійснення такого злочину, так і при здійсненні таких процесуальних дій, як обшук, огляд, виїмка і т.д. Недоторканність житла є продовженням права недоторканності особистого та сімейного життя, що передбачено ст. 30 Конституції України. Відповідно до цього положення, «кожному гарантується недоторканність житла. Не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. У невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб,



які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду і обшуку» [1, ст. 30]. На продовження конституційного положення про недоторканність житла, ст. 233 Кримінального процесуального кодексу України (КПК) містить заборону, що ніхто не має права проникнути до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою, інакше як лише за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді» [7, ст. 233]. Варто зазначити, що на відміну від цивільного законодавства, яке досить обмежено трактує термін «житло», ч. 2 ст. 233 КПК України закріплює, що «під житлом особи розуміється будь-яке приміщення, яке знаходиться у постійному чи тимчасовому володінні особи, незалежно від його призначення і правового статусу, та пристосоване для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, а також всі складові частини такого приміщення» [7, ст. 233]. П. Г. Назаренко, порівнюючи зміст статті КПК України та практику ЄСПЛ щодо захисту права на недоторканність житла, з цього приводу зазначає: «припис ч. 2 ст. 8 Європейської конвенції з прав людини відрізняється від норм КПК України та Основного Закону. Відмінність полягає у тому, що вітчизняний законодавець передбачив недоторканність не тільки житла, а й «іншого володіння особи», тим самим створивши для власних правоохоронних органів складніші умови, ніж в країнах Європи» [8, с. 124].

Окрему увагу у конституційно-правовому механізмі захисту права на житло, вважаємо за необхідне приділити такому засобу, як звернення з конституційною скаргою до Конституційного Суду України (КСУ). Конкретний вплив єдиного органу конституційного контролю на забезпечення та захист права на житло в Україні проаналізуємо на підставі Рішення Другого сенату КСУ у справі за конституційною скаргою Абрамовича Олексія Володимировича щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 2 частини другої статті 40 Житлового кодексу України (щодо дискримінації у реалізації права на житло), постановленого 22 червня 2022 року [9]. Предметом даної конституційної скарги став п. 2 ч. 2 ст. 40 ЖК України, яким було передбачено можливість зняття з обліку громадян, які потребують поліпшення житлових умов у випадку їх переїзду на постійне проживання до іншого населеного пункту. КСУ проаналізував зміст конституційної норми щодо права на житло у поєднанні з іншими правами та свободами людини, а також у поєднанні з принципами соціальної держави, захисту прав і свобод людини та рівноправності, та дійшов висновку, що зняття особи з обліку тих, хто потребує поліпшення житлових умов через зміну місця проживання, є дискримінаційним підходом до таких осіб та не відповідає європейським стандартам щодо права людини на свободу пересування та вільний вибір місця проживання. Окрім визнання неконституційним відповідного положення ЖК, слід підкреслити кілька важливих, на нашу думку, позицій, які у цьому рішенні виклав КСУ щодо захисту права на житло: «принцип захисту прав і свобод людини, що є ключовим для визначення змісту конституційного ладу України, утілено, зокрема, у тих приписах частини другої статті 3 Конституції України, відповідно до яких «права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави», «утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком



не виконання своїх обов'язків Бориславська міська рада в особі її виконавчого комітету, «зокрема щодо приведення будинку (квартири) у стан придатний для проживання, призвело до позбавлення сім'ї позивачів права на належне житло, гарантоване Конституцією України та Конвенцією» [12] (Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року – далі ЄКПЛ). Суть даної справи полягала у тому, що сім'я з двома дітьми-інвалідами другої групи, які проживали у квартирі загальною площею 34,2 кв.м., залишились без житла через пожежу, внаслідок якої квартира опинилась в аварійному стані та не підлягала відновленню. Пожежа сталась у 2004 році, після чого заявники змушені були шукати інше житло. У 2018 році Бориславський міський суд Львівської області, як суд першої інстанції, виніс рішення, яким відмовив позивачам у вимозі зобов'язати Бориславську міську раду надати їм у користування інше придатне для проживання житло у межах норм, встановлених ЖК України (13,65 кв. м. на особу), мотивуючи свою вимогу тим, що позачергове надання житла цій сім'ї призведе до дискримінації інших осіб, які знаходяться на обліку у черзі на отримання житла.

У свою чергу Львівський апеляційний суд 20 серпня 2019 року виніс Постанову, якою було скасовано рішення районного суду та частково задоволено позовні вимоги заявників, зокрема: зобов'язано виконавчий комітет Бориславської міської ради надати сім'ї позивачці, яка складається з чотирьох осіб, тимчасове житло з фонду житла тимчасового проживання, яке відповідає санітарним та технічним вимогам за нормами жилої площі, встановленої ЖК України на період до приведення квартири цієї сім'ї до стану, придатного до проживання; зобов'язати виконавчий комітет Бориславської міської ради привести квартиру позивачки до стану, придатного до проживання та відновити права на житло членів сім'ї. Касаційний суд залишив апеляційну скаргу без змін. Важливо також зазначити, що відкидаючи тезу органів місцевого самоврядування про те, що апеляційний суд під час перегляду справи «вийшов за межі позовної заяви», ВС наголошує на ефективності засобів національного захисту, апелюючи до ст. 13 ЄКПЛ. Так, зі змісту постанови ВС слідує: «ефективний спосіб захисту повинен забезпечити поновлення порушеного права, а в разі неможливості такого поновлення – гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування. Тим більше, що пріоритет норм міжнародного права за наявності колізій з внутрішнім законодавством надає судам України досить широкі повноваження при обранні джерела права задля вирішення конкретного спору» [12]. Подальший аналіз позицій, викладених ВС у даній Постанові, дозволяє дійти висновку, що саме на органи державної влади та місцевого самоврядування покладений обов'язок контролювати стан придатності житла для проживання, так само як і доводити протилежне (оскільки одним з доводів касаційної скарги було твердження про те, що заявники не надали доказів аварійності житла).

**Висновки і пропозиції.** Проведений аналіз нормативних гарантій та практики захисту права на житло в Україні дозволяє дійти наступних висновків:

- механізм захисту права на житло є важливим складовим елементом суб'єктивного житлового права людини, який включає набір засобів та прийомів, направлених на відновлення порушеного права на житло чи запобігання такому порушенню;

- проблема ефективності захисту права на житло пов'язана перш за все у відсутності й досі прийнятого профільного житлового законодавства, яке б мало вирішити колізії термінологічного характеру щодо самого поняття «житло», а також державної політики щодо забезпечення та захисту права на житло, яка б відповідала вимогам сучасного стану соціально-економічного та політичного розвитку нашої держави;

- конституційно-правовий механізм захисту права на житло має складний характер, у зв'язку із чим його не можна зводити лише до питань захисту майнових прав цивільно-правовими засобами, а слід розглядати як комплексний інститут, що забезпечується нормами конституційного, адміністративного, кримінального, житлового та цивільного права;

- аналіз останніх тенденцій судової практики в Україні свідчить про істотний вплив міжнародних, зокрема європейських стандартів на національну судову практику щодо захисту права на житло, а також активне застосування принципів недискримінації, верховенства права та пріоритет прав людини перед інтересами держави у цій галузі.

### Список використаної літератури

1. Конституція України від 28 червня 1996 року з наст. змінами. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР URL: rada.gov.ua (дата звернення: 28.02.2023).
2. Борейко А. В. Конституційно-правовий механізм захисту прав особи: поняття та сутність. Вісник ОНУ імені І. І. Мечникова. Правознавство. 2019. Т. 24. Вип. 2(35). С. 58-64. DOI: 10.18524/2304-1587.2019.2(35).185958.
3. Галянтич М. К., Тилик Т. М. Поняття житлових прав. Приватне право і підприємництво. 2018. Вип. 18. С. 155-159. DOI: 10.32849/2409-9201.2018.18.35.
4. Галянтич М. К. Матеріальний та процесуальний зміст захисту житлових прав фізичних осіб. Приватне право і підприємство. 2016. № 16. С. 124-127.
5. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року з наст. змінами. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 02.03.2023).
6. Лепех Ю. С. Адміністративно-правові засади здійснення контролю органами державної влади у сфері захисту права на житло. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2014. № 12. С. 158-162.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 року з наст. змінами. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 02.03.2023).
8. Назаренко П. Г. Принцип недоторканності житла та іншого володіння особи: загальнотеоретичний аналіз. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. 2016. Випуск 38. Том 2. С. 122-125.
9. Рішення Конституційного Суду України у справі № 5-р(П)/2022 від 22.06.2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-22#Text> (дата звернення: 05.03.2023).
10. Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-26/2018(2572/17) від 20.12.2019 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/KS19055?an=1> (дата звернення: 07.03.2023).
11. Огляд рішень Європейського суду з прав людини щодо права на житло (рішення, ухвалені ЄСПЛ з 1 січня 2019 року по 31 липня 2021 року) / Відпов. за вип.: О. Ю. Тарасенко, Д. П. Мордас, Р. Ш. Бабанли. Київ, 2021. 81 с. URL: [Oglyad\\_YESPL\\_01\\_01\\_2019\\_31\\_07\\_2021.pdf](https://oglyad.yespl.org.ua/oglyad_01_01_2019_31_07_2021.pdf) (court.gov.ua) (дата звернення: 07.03.2023).
12. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третньої судової палати Касаційного цивільного суду, справа № 438/887/16-ц, провадження № 61-17748св19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90872536> (дата звернення: 07.03.2023).

## References

1. The Constitution of Ukraine dated June 28, 1996. URL: rada.gov.ua [in Ukrainian].
2. Boreiko A. V. (2019). Constitutional and legal mechanism of protection of personal rights: concept and essence. *Odesa National University Herald. Jurisprudence*. Volume 24. Issue 2 (35). DOI 10.18524/2304-1587.2019.2(35).185958. 58-64. [in Ukrainian].
3. Haliantych M. K., Tylyk T. M. (2018). The concept of housing rights. *Private Law and Business*. Issue 18. Doi.10.32849/2409-9201.2018.18.35. 155-159. [in Ukrainian].
4. Haliantych M. K. (2016). Material and procedural content of protection of housing rights of natural persons. *Private Law and Business*. Issue 16, 124-127. [in Ukrainian].
5. Civil Procedure Code of Ukraine dated March 18, 2004. No. 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> [in Ukrainian].
6. Lepekh Yu. S. (2014). Administrative and legal principles of control by state authorities in the field of protection of the right to housing. *Scientific notes of Lviv University of Business and Law*. Issue 12, 158-162. [in Ukrainian].
7. Criminal Procedure Code of Ukraine dated 04/13/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> [in Ukrainian].
8. Nazarenko P. H. (2016). The principle of inviolability of a person's home and other possessions: a general theoretical analysis. *Uzhhorod National University Herald. Series: Law*. Volume 38. Issue 2. 122-125. [in Ukrainian].
9. Decision of the Constitutional Court of Ukraine in case No. 5-p(II)/2022 dated 06/22/2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-22#Text> [in Ukrainian].
10. Decision of the Constitutional Court of Ukraine in case No. 1-26/2018(2572/17) dated 12/20/2019. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/KS19055?an=1> [in Ukrainian].
11. Tarasenko, O. Yu., Mordas, D. P., Babanly, R. Sh. (Eds.) (2021). Overview of decisions of the European Court of Human Rights regarding the right to housing (decisions adopted by the ECtHR from January 1, 2019 to July 31, 2021). URL: [Oglyad\\_YESPL\\_01\\_01\\_2019\\_31\\_07\\_2021.pdf](https://court.gov.ua/Oglyad_YESPL_01_01_2019_31_07_2021.pdf) (court.gov.ua) [in Ukrainian].
12. Resolution of the Supreme Court as part of the panel of judges of the Third Judicial Chamber of the Civil Court of Cassation, case No. 438/887/16-ts, proceeding No. 61-17748св19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90872536> [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

**T. V. Stepanova**, Doctor of Juridical Sciences, Professor  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
Head of the Department of Constitutional Law and Justice  
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: [t.stepanova@onu.edu.ua](mailto:t.stepanova@onu.edu.ua)  
ORCID ID: 0000-0002-7419-0770

**A. V. Levenets**, PhD, Associate Professor  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
the Department of Constitutional Law and Justice  
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: [angellev@onu.edu.ua](mailto:angellev@onu.edu.ua)  
ORCID ID: 0000-0002-1941-513X

## PROTECTION OF THE RIGHT TO HOUSING: CONSTITUTIONAL AND LEGAL PRINCIPLES AND COURT PRACTICE

### Summary

The article examines the issues of the current state of regulatory regulation of the right to housing, substantiates the complex nature of this right, the protection of which is possible only





DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2023.49.276020>

УДК 342.9

*М. А. Баламуш*, канд. юрид. наук, доцент  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра адміністративного та господарського права  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: [balamush@ukr.net](mailto:balamush@ukr.net)  
ORCID ID: 0000-0001-6764-2591

*М. І. Лазарева*, ст. викладач, адвокат  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра адміністративного та господарського права  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: [Lazarieva.mariana@onu.edu.ua](mailto:Lazarieva.mariana@onu.edu.ua)  
ORCID ID: 0000-0001-8826-477X

### УПОВНОВАЖЕНИЙ У СПРАВАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК СУБ'ЄКТ ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ

У статті визначено і обґрунтовано правовий статус Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини за критеріями та класифікаціями, що представлені в наукових джерелах. Встановлено, що система державних посад, діяльність яких спрямована на забезпечення та реалізацію в Україні прав і свобод людини та громадянина, не отримала ще цілісного і комплексного дослідження. Більшість інститутів у цій сфері працюють розрізнено і неконсолідовано. Аналіз положень чинного законодавства про публічну службу та наукових джерел, які присвячені видам публічної служби і статусу публічних службовців в системі органів виконавчої влади, дав можливість зробити висновок, що посада Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини відноситься до політичних посад в системі органів виконавчої влади. Обумовлено це наступними чинниками: 1) правовий статус Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини не відповідає ознакам та вимогам, що притаманні і висуваються до державних службовців, осіб патронатної служби та професійної служби; 2) законодавець неодноразово прирівнював статус Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини із статусом заступника Міністра юстиції України, який визнається Законом України «Про центральні органи виконавчої влади» політичним службовцем в системі органів виконавчої влади.

**Ключові слова:** Уповноважений у справах Європейського суду з прав людини, публічна служба, політична служба, служба в органах виконавчої влади на політичних посадах, адміністративно-правовий статус суб'єктів публічної служби, службове право.

**Постановка проблеми.** Бурхливий розвиток національного законодавства у сфері публічної служби демонструє, з одного боку, євроінтеграційні прагнення нашої держави створити ефективну систему управлінців, що вирішують пробле-

ми як на загальнодержавному, так і муніципальному рівнях, з іншого, бажання закріпити всі європейські новації в національне законодавство і публічну службу України без будь-якого наукового (системного) обґрунтування їх місця і ролі в уже існуючій національній системі публічної влади. Наведемо декілька прикладів, які пояснюють наше критичне зауваження. Так, 31 травня 2006 року Кабінет Міністрів України, виконуючи вимоги Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [1], затвердив Положення «Про урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини» [2]. Цим положенням була створена посада Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини, яка прирівнювалась до посади заступника міністра [3]. Пізніше, була змінена назва цієї посади на «Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини» [4] та правовий статус, який спочатку у стверджувальній формі називався «заступник Міністра юстиції України» [4], потім був прирівняний до посади «урядового уповноваженого» [5]. При цьому, статус урядового уповноваженого не конкретизується у Законах України «Про Кабінет Міністрів України», «Про центральні органи виконавчої влади» та Положенні Кабінету Міністрів України «Про Міністерство юстиції України».

Подібна ситуація склалась і з іншими урядовими уповноваженими. Зокрема, Урядовий уповноважений з питань гендерної політики в Постанові Кабінету Міністрів України від 7 червня 2017 р. № 390 [6] та Урядовий уповноважений з прав осіб з інвалідністю в Постанові Кабінету Міністрів України від 21 лютого 2017 р. № 125 [7] визначаються як «посадові особи, яких Кабінет Міністрів України уповноважив виконувати певну (покладену на них) функцію». Законодавець весь час прикривається такими нечіткими формулюваннями як «прирівнюється до посади», замість того, щоб чітко визначити місце і статус посадової особи в загальній системі посад органів виконавчої влади. Пояснюється це тим, що за тридцять з лишнім років розвитку службового права в ньому так і не з'явилась класифікація посад і публічних службовців, яка б пояснювала всю існуючу сьогодні різноманітність посадовців в системі органів виконавчої влади. Іноді на інтуїтивному рівні здогадуєшся, що така посада відноситься до адміністративних посад органів виконавчої влади, така – до політичних, а така – взагалі відноситься до посад патронатної служби. Втім, законодавство України про публічну службу часто не конкретизує правовий статус посадової особи, особливо коли вона випадає із загальноновизнаних класифікацій публічних службовців.

У зв'язку з тим, що публічні службовці за своїм правовим статусом не однорідні (наприклад, є публічні службовці, що проходять службу в органах місцевого самоврядування, публічні службовці, які займають адміністративні та політичні посади, тощо), виникає проблема ідентифікації як Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини (далі – Уповноваженого у справах ЄСПЛ), так і всіх інших урядових уповноважених в загальній системі публічних службовців.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Особливості функціонування осіб, які займають посаду Уповноваженого у справах ЄСПЛ фрагментарно висвітлюються в роботах таких вчених, як І. Л. Зелінський, О. О. Майданник,



О. В. Марценяк, В. М. Михальчук, В. С. Ніколайчук, Н. І. Стахова, Ю. М. Тодика та ін.

Втім, вище зазначені вчені більше уваги приділяють ролі інституту омбудсмена в існуючій національній системі розподілу державної влади ніж ролі окремого посадовця в системі органів виконавчої влади, що наділений повноваженнями представництва України в ЄСПЛ. Це свідчить про те, що система державних посад, діяльність яких спрямована на забезпечення та реалізацію в Україні прав і свобод людини та громадянина, не отримала ще цілісного і комплексного дослідження. Більшість інститутів у цій сфері працюють розрізнено і неконсолідовано.

**Мета статті.** Метою даної публікації є визначення і обґрунтування правового статусу Уповноваженого у справах ЄСПЛ за критеріями та класифікаціями, що представлені в національних наукових джерелах.

**Виклад основного матеріалу.** Національне законодавство закріплює багато правових статусів публічних службовців, зокрема, статус: державних службовців регламентується положеннями Закону України «Про державну службу» [8]; муніципальних службовців закріплюється нормами Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» [9]; осіб, які проходять прокурорську службу передбачається положеннями Закону України «Про прокуратуру» [10]; суддів закріплюється нормами Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [11]; осіб, які проходять політичну службу, фрагментарно регламентується Законами України «Про Кабінет Міністрів України» [12], «Про центральні органи виконавчої влади» [13] та в положеннях КАС України [14], тощо. Перелік видів публічних службовців, публічної служби та нормативно-правових актів, які закріплюють особливості проходження такої служби, можна ще багато перелічувати. Втім, стає очевидним, що цілісної державної політики щодо систематизації видів публічної служби немає. Різноманітні нормативно-правові акти, які не завжди узгоджені між собою, закріплюють правові статуси окремих видів (навіть, підвидів) публічних службовців.

Наполягаємо на законодавчій (підкреслюємо, що не на науковій) класифікації публічної служби і публічних службовців. Тоді поява будь-якої нової посади в системі органів виконавчої влади не буде викликати стільки запитань, як це відбувається сьогодні. Одразу буде зрозуміло, чому і за якими критеріями ми відносимо того чи іншого посадовця, наприклад, до осіб політичної служби. Для прикладу, автори монографії «Дослідження механізму реалізації прав і свобод людини та громадянина» (2023 р.) пропонують критерії, за якими така класифікація повинна здійснюватись [15]. Вчені наполягають на тому, що загальна класифікація публічної служби та публічних службовців обов'язково повинна закріплюватись в національному законодавстві з дотриманням наступних вимог.

1. *Наявність єдиного науково обґрунтованого критерію класифікації* [15, с. 50]. Більшість науковців, які працюють у сфері публічної служби підкреслюють, що в наукових джерелах представлено достатньо цікавих класифікацій публічної служби і публічних службовців, в яких використовуються різноманітні критерії. Втім, всі ці класифікації є результатом наукового абстрагування, а, відповідно, є суб'єктивними, дискусійними, суперечливими та неповними. Обумовлені такі розбіжності в сприйнятті видів публічної служби

через те, що законодавство розвивається у цій сфері хаотично (без концептуального розуміння всіх процесів, що відбуваються). Законодавець реагує на будь-які відмінності в проходженні публічної служби, намагаючись їх регламентувати окремим нормативно-правовим актом. В цілому ж, службове право України не закріплює цілісної (узгодженої) системи публічних службовців та видів публічної служби. Відсутність загальних критеріїв класифікації публічних службовців та видів публічної служби, які закріплені в національному законодавстві, підштовхує науковців пропонувати свої критерії, які, через хаотичність розвитку в Україні службового права, скоріш за все спрямовані на виправдання вивертів законодавця ніж на наукове обґрунтування особливостей правового явища.

2. *Класифікація повинна об'єднувати однорідні правові явища* [15, с. 50]. В жодній із запропонованих в наукових джерелах класифікаціях публічних службовців не згадується посада Уповноваженого у справах ЄСПЛ, адже наявні в чинному законодавстві критерії диференціації публічної служби на види не дають однозначної відповіді щодо її місця в системі посад органів виконавчої влади. Дивує і позиція законодавця, який (як вже підкреслювалось вище) весь час намагається використовувати формулювання, які не тільки не уточнюють правовий статус Уповноваженого у справах ЄСПЛ, а ще більше заплутують у розумінні ролі та місця цієї посади в загальній системі посад органів виконавчої влади. По-перше, в національному законодавстві необхідно чітко закріпити такий вид посад як «урядовий уповноважений» та прописати об'єм прав і обов'язків, що закріплюються за цією посадою. По-друге, не потрібно весь час статус Уповноваженого у справах ЄСПЛ прирівнювати або до заступника міністра, або до урядового уповноваженого. Що заважає законодавцю чітко прописати наступне положення?

*«Уповноважений у справах Європейського суду з прав людини є особою, яка займає політичну посаду в Міністерстві юстиції, на яку покладено повноваження з представництва України в Європейському суді з прав людини під час розгляду та вирішення справ про порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, з координації виконання рішень Європейського суду з прав людини та з інформування Комітету міністрів Ради Європи про хід його виконання».*

3. *Запропоновані в національному законодавстві класифікації повинні мати теоретичне і практичне значення.* Сьогодні виникла ситуація, коли наукові класифікації не можуть пояснити розмаїття публічних служб та публічних службовців в органах публічної влади, а законодавство України уникає закріплення загальної класифікації публічної служби, публічних службовців та посад публічної служби. Для того, щоб визначитись з правовою природою посади Уповноваженого у справах ЄСПЛ, доводиться користуватись не нормами чинного законодавства, а теоретичними напрацюваннями представників адміністративного права, що стосуються публічної служби в Україні.

Наприклад, автори монографії «Дослідження механізму реалізації прав і свобод людини та громадянина» (2023 р.) запропонували критерії, які по-перше, допомагають диференціювати публічну службу на види, по-друге, визначитись з особливостями, що характеризують кожен вид публічної служби, та, по-третє, визначитись з місцем Уповноваженого у справах ЄСПЛ в системі по-

сад органів виконавчої влади [15, с. 60-61]. Ці критерії і візьмемо за основу для розкриття теми нашого дослідження. Втім, пропонуємо спочатку піти шляхом обґрунтування неможливості віднесення Уповноваженого у справах ЄСПЛ до того чи іншого виду публічної служби, а потім – шляхом підтвердження факту належності даної посади до одного із видів публічної служби.

По-перше, Уповноважений у справах ЄСПЛ не є державним службовцем, а тому на нього не розповсюджуються вимоги Закону України «Про державну службу». Особливість державних службовців в тому, що:

а) на посади державної служби «призначаються переважно управлінці-технократи задля реалізації внутрішньо-управлінської діяльності органу, а також для забезпечення реалізації його зовнішніх функцій» [15, с. 60]. Уповноважений у справах ЄСПЛ не реалізує внутрішньо-управлінську діяльність в органах виконавчої влади, але сприяє реалізації функцій Міністерства юстиції України. Зокрема, в п. 58 Положення «Про Міністерство юстиції України» зазначається, що міністерство забезпечує представництво інтересів держави в ЄСПЛ під час розгляду справ про порушення Україною Конвенції про захист прав і основоположних свобод (далі – Конвенція) [16];

б) призначення на посаду державної служби здійснюється переважно за результатами конкурсу [15, с. 60]. Уповноважений у справах ЄСПЛ призначається та звільняється з посади Кабінетом Міністрів України, але за поданням Міністра юстиції України, тобто призначається на посаду не за результатами конкурсу;

в) в залежності від посади державної служби, на яку претендує особа, до кандидатів висуваються вимоги загальної і спеціальної професійної компетентності (наприклад, досвід роботи на конкретних посадах публічної служби, загальний стаж роботи, володіння іноземними мовами і ін.) [15, с. 60]. Особа, яка претендує на посаду Уповноваженого у справах ЄСПЛ, повинна мати громадянство України, вищу юридичну освіту, володіти однією з офіційних мов Ради Європи та мати стаж роботи в галузі права не менш як три роки. За цим критерієм, Уповноважений у справах ЄСПЛ відповідає вимогам державної служби;

г) в Законі України «Про центральні органи виконавчої влади» заступників міністра відносять до політичних посад, на які не поширюється законодавство про державну службу [13, ст. 9]. В історії розвитку правового статусу посади Уповноваженого у справах ЄСПЛ неодноразово закріплювалось, що він або є заступником Міністра юстиції України, або ж прирівнюється за статусом до нього. З цих позицій, Уповноважений у справах ЄСПЛ не може бути державним службовцем.

Як бачимо, правовий статус Уповноваженого у справах ЄСПЛ неоднозначний, адже за одними критеріями його можна віднести до державних службовців, а за іншими – ні.

По-друге, Уповноважений у справах ЄСПЛ не відноситься до осіб, що проходять патронатну службу. Особливість таких осіб в тому, що:

а) це особи, які обізнані у специфіці діяльності органу публічної влади України, в який їх запрошують до діяльності [15, с. 61]. Уповноважений у справах ЄСПЛ не обізнаний у всій специфіці діяльності Міністерства юстиції України, він забезпечує реалізацію лише однієї із чисельних функцій міністерства;



нічого особливого в процедурі призначення Уповноваженого у справах ЄСПЛ немає, втім, цю ознаку не вважаємо ключовою при визначенні його правового статусу;

в) до кандидатів на політичні посади висуваються загальні вимоги щодо їх дієздатності та фаховості (наприклад, наявність громадянства, вищої освіти і ін.) [15, с. 61]. Ця ознака повністю відповідає вимогам, що висуваються до кандидатів на посаду Уповноваженого у справах ЄСПЛ.

**Висновки і пропозиції.** Аналіз положень чинного законодавства про публічну службу та наукових джерел, які присвячені видам публічної служби і статусу публічних службовців в системі органів виконавчої влади, дає можливість зробити висновок, що посада Уповноваженого у справах ЄСПЛ відноситься до політичних посад в системі органів виконавчої влади. Обумовлено це наступними чинниками:

1) правовий статус Уповноваженого у справах ЄСПЛ не відповідає ознакам та вимогам, що притаманні і висуваються до державних службовців, осіб патронатної служби та професійної служби;

2) законодавець неодноразово прирівнював статус Уповноваженого у справах ЄСПЛ із статусом заступника Міністра юстиції України, який визнається Законом України «Про центральні органи виконавчої влади» політичним службовцем в системі органів виконавчої влади.

### Список використаної літератури

---

1. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.
2. Про заходи щодо реалізації Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»: Постанова Кабінету Міністрів України від 31 травня 2006 р. № 784. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/784-2006-п#Text>.
3. Урядовий уповноважений у справах Європейського суду з прав людини: веб-сайт Міністерства юстиції України. URL: [https://minjust.gov.ua/m/str\\_8030](https://minjust.gov.ua/m/str_8030).
4. Про внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України: Постанова Кабінету Міністрів України від 30 серпня 2017 р. № 669. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/669-2017-п#Text>.
5. Про внесення змін до деяких актів Кабінету Міністрів України щодо статусу Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини: Постанова Кабінету Міністрів України від 16 серпня 2022 р. № 913. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/913-2022-п#Text>.
6. Про Урядового уповноваженого з питань гендерної політики: Постанова Кабінету Міністрів України від 7 червня 2017 р. № 390. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/390-2017-п#Text>.
7. Про затвердження Положення про Урядового уповноваженого з прав осіб з інвалідністю та внесення змін до Постанови Кабінету Міністрів України від 3 січня 2013 р. № 5: Постанова Кабінету Міністрів України від 21 лютого 2017 р. № 125. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/125-2017-п#Text>.
8. Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 4. Ст. 43.
9. Про службу в органах місцевого самоврядування: Закон України від 07.06.2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 33. Ст. 175.
10. Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2-3. Ст. 12.



11. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.
12. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27.02.2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 13. Ст. 222.
13. Про центральні органи виконавчої влади: Закон України від 17.03.2011 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 38. Ст. 385.
14. Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.
15. Дослідження механізму реалізації прав і свобод людини та громадянина: кол. монограф. / М. А. Баламуш, Н. В. Ільєва, О. М. Миколенко та ін.; за заг. ред. О. В. Гаран, О. І. Миколенка. Одеса: Фенікс, 2023. 300 с.
16. Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України: Положення Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 р. № 228. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/228-2014-p?find=1&text=європейськ#w1\\_1](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/228-2014-p?find=1&text=європейськ#w1_1).

## References

1. Pro vykonannya rishen' ta zastosuvannya praktyky Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny: Zakon Ukrayiny vid 23.02.2006. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 2006. № 30. St. 260. [in Ukrainian].
2. Pro zakhody shchodo realizatsiyi Zakonu Ukrayiny «Pro vykonannya rishen' ta zastosuvannya praktyky Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny»: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny vid 31 travnya 2006. № 784. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/784-2006-p#Text> [in Ukrainian].
3. Uryadovyy upovnovazhenyy u spravakh Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny: veb-sayt Minsterstva yustytysiyi Ukrayiny. URL: [https://minjust.gov.ua/m/str\\_8030](https://minjust.gov.ua/m/str_8030) [in Ukrainian].
4. Pro vnesennya zmin do deyakykh postanov Kabinetu Ministriv Ukrayiny: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny vid 30 serpnya 2017. № 669. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/669-2017-p#Text> [in Ukrainian].
5. Pro vnesennya zmin do deyakykh aktiv Kabinetu Ministriv Ukrayiny shchodo statusu Upovnovazhenoho u spravakh Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny vid 16 serpnya 2022. № 913. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/913-2022-p#Text> [in Ukrainian].
6. Pro Uryadovoho upovnovazhenoho z pytan' hendernoyi polityky: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny vid 7 chervnya 2017. № 390. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/390-2017-p#Text> [in Ukrainian].
7. Pro zatverdzhennya Polozhennya pro Uryadovoho upovnovazhenoho z prav osib z invalidnistyu ta vnesennya zmin do Postanovy Kabinetu Ministriv Ukrayiny vid 3 sichnya 2013. № 5: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny vid 21 lyutoho 2017. № 125. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/125-2017-p#Text> [in Ukrainian].
8. Pro derzhavnu sluzhbu: Zakon Ukrayiny vid 10.12.2015. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 2016. № 4. St. 43. [in Ukrainian].
9. Pro sluzhbu v orhanakh mistsevoho samovryaduvannya: Zakon Ukrayiny vid 07.06.2001. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 2001. № 33. St. 175. [in Ukrainian].
10. Pro prokuraturu: Zakon Ukrayiny vid 14.10.2014. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 2015. № 2-3. St. 12. [in Ukrainian].
11. Pro sudoustriy i status suddiv: Zakon Ukrayiny vid 02.06.2016. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 2016. № 31. St. 545. [in Ukrainian].
12. Pro Kabinet Ministriv Ukrayiny: Zakon Ukrayiny vid 27.02.2014. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 2014. № 13. St. 222. [in Ukrainian].
13. Pro tsentral'ni orhany vykonavchoyi vlady: Zakon Ukrayiny vid 17.03.2011. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 2011. № 38. St. 385. [in Ukrainian].
14. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrayiny. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 2005. № 35-36, № 37. St. 446. [in Ukrainian].
15. Doslidzhennya mekhanizmu realizatsiyi prav i svobod lyudyny ta hromadyannya: kol. monohraf. (2023) / M. A. Balamush, N. V. Ilieva, O. M. Mykolenko ta in.; za zah. red. O. V. Haran, O. I. Mykolenka. Odessa: Feniks. 300 s. [in Ukrainian].



16. Pro zatverdzhennya Polozhennya pro Ministerstvo yustytysiyi Ukrayiny: Polozhennya Kabinetu Ministriv Ukrayiny vid 2 lypnya 2014. № 228. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/228-2014-p?find=1&text=yevropeys'k#w1\\_1](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/228-2014-p?find=1&text=yevropeys'k#w1_1) [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

**M. A. Balamush**, Candidate of Juridical Sciences, Associated Professor  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
the Department of Administrative and Commercial Law  
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: [balamush@ukr.net](mailto:balamush@ukr.net)  
ORCID ID: 0000-0001-6764-2591

**M. I. Lazarieva**, Senior Lecturer, Lawyer  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
the Department of Administrative and Commercial Law  
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: [Lazarieva.mariana@onu.edu.ua](mailto:Lazarieva.mariana@onu.edu.ua)  
ORCID ID: 0000-0001-8826-477X

## COMMISSIONER IN CASES OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS A PUBLIC SERVICE SUBJECT

### Summary

The article defines and substantiates the legal status of the Commissioner in the cases of the European Court of Human Rights according to the criteria and classifications presented in scientific sources. It has been established that the system of public positions, whose activities are aimed at ensuring and realizing the rights and freedoms of man and citizen in Ukraine, has not yet received a comprehensive and comprehensive study. Most institutes in this field work separately and unconsolidated. It was found that the rapid development of national legislation in the field of public service demonstrates, on the one hand, the European integration aspirations of our state to create an effective system of managers who solve problems both at the national and municipal levels, and on the other hand, the desire to consolidate all European innovations in the national legislation and the public service of Ukraine without any scientific (systemic) justification of their place and role in the already existing national system of public power. The analysis of the provisions of the current legislation on public service and scientific sources, which are devoted to the types of public service and the status of public servants in the system of executive authorities, made it possible to conclude that the position of Commissioner for the cases of the European Court of Human Rights belongs to political positions in the system of executive authorities. This is caused by the following factors: 1) the legal status of the Commissioner in the cases of the European Court of Human Rights does not correspond to the characteristics and requirements that are inherent and put forward to civil servants, persons in the patronage service and professional service; 2) the legislator has repeatedly equated the status of the European Court of Human Rights Commissioner with the status of the Deputy Minister of Justice of Ukraine, who is recognized by the Law of Ukraine “On Central Bodies of Executive Power” as a political employee in the system of bodies of executive power. It is proposed to enshrine the following definition in the national legislation: “The European Court of Human Rights Commissioner is a person who holds a political position in the Ministry of Justice, who is entrusted with the authority to represent Ukraine in the European Court of Human Rights during the consideration and resolution of cases of violations of the Convention on the



*Александр Левандовскі*, аспірант  
LL.M. (University Freiburg, Germany)  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра адміністративного та господарського права  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: alexander.lewandowski@ukr.net

## ЗНАЧЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО АКТУ ЯК ФОРМИ УПРАВЛІНСЬКОЇ ДІЇ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ НІМЕЧЧИНИ

Статтю присвячено розгляду адміністративного акта як форми управління органами влади Німеччини. Особливе місце в статті приділено історії становлення акта в самостійну одиницю адміністративного права. Показано необхідність переходу від концепції, що виникла в навчальній літературі за образом французького *acte administratif unilatéral* до вже повноцінної правової фігури, яка є і донині основним елементом гарантії захисту громадян. Розглянуто місце адміністративного акта в системі Закону про адміністративний процес та інших правових нормах німецького права, при цьому, акцент зроблено на різницю в розумінні акта в різних галузях адміністративного права. Розкривається при цьому і взаємодія акта, як елемента адміністративного примусу з принципами демократії. Особливу увагу приділено розумінню адміністративного акта в контексті адміністративного процесу, у тому числі, протиставленню впливу судової практики та його суто управлінському розумінню. Обговорюється у статті й особливість адміністративного акта, а саме його здатність до трансформації - залежно від потреб органів влади та відсутність будь-яких суворих обмежень з боку законодавця. Піднімається нарівні з цим, питання про можливість заміни або трансформації акта іншими формами управління. Обговорюється можливість більш детального розшарування адміністративного акта для підвищення його ефективності, його застосування за рахунок більш легкого конструювання його елементів і полегшення пошуку відповідей на питання, що виникають.

**Ключові слова:** адміністративний акт, форма управлінської дії, адміністративна дія, Закон про адміністративний процес Німеччини.

**Постанова проблеми.** Адміністративний акт вважається досить сталою правовою фігурою в праві Німеччини. Саме з цієї позиції його й прийнято розглядати у вітчизняній літературі. Однак, це лише частково вірно. Поступова зміна як правової, так і соціальної парадигми, не могла не вплинути і на нього. Змінився сам підхід й сприйняття адміністративного акта. Насамперед, це стосується самого поняття і його тлумачення як *форми управлінської дії*. Як правило, саме розглядом адміністративного акта під цим кутом і нехтує вітчизняна правова література. Концентруючись виключно на самому понятті та основних складових критеріїв акта, не береться до уваги, що саме *форма*, як ключ до формування змісту, є важливим елементом тієї цілісності, яку являє собою адміністративний акт.

**Метою статті** є дослідження питання, яке значення має адміністративний акт як форма управлінської дії в адміністративному праві Німеччини.



абз. I № 1 Закону про виконання покарань у вигляді позбавлення волі та заходи, пов'язані з позбавленням волі з метою виправлення й захисту (нім. StVollzG).<sup>2</sup>

У той час, як Майєр усе ще вважав адміністративний акт формою управлінської дії органів влади, для регулювання індивідуальних випадків, що, однак, коректніше називати правовою формою [14, с. 32]; сьогодні це лише одна з форм дії серед багатьох, яка залишається на практиці все ще найбільш значущою. Це пов'язано з тим, що правова система передбачає, що органи влади (якщо не передбачено інше), можуть регулювати одні й ті самі факти за допомогою різних правових форм й, таким чином, обирати між різними правовими формами. Правові форми дій органів влади розрізняються за вимогами до їхньої ефективності та наслідків за допущені помилки [6, с. 48]. Легітимність права вибору адміністративним органом у цьому разі приймається за аксіому і не ставиться навіть під сумнів [22, с. 1155]. Ця легітимізація відбувається через функцію забезпечення законності, яка покликана необхідні для цього правові форми зробити доступними для органів влади, але, водночас і обмежити її у використанні «визнаних» правових форм для надання дисциплінарного впливу [19, с. 148]. З погляду вибору способу здійснення своїх функцій органами влади, адміністративний акт є правовою формою, що дає змогу ухвалювати рішення адміністративними органами в односторонньому порядку, навіть у тому разі, якщо вони є протиправними, і це тягне за собою як переваги, так і обтяження адресату. Однак той факт, що адміністративний акт має стабілізуючу функцію, більше не означає сьогодні його прив'язку до фундаментального принципу «верховенства» держави над громадянином [20, § 35 Rn. 3]. Його слід розглядати виключно з позиції сукупності правових норм, які пов'язують воедино правові наслідки з вжитими заходами, відштовхуючись від § 35 ЗАП, що, в свою чергу, й зумовлює функціонал адміністративного акту.

Таким чином, Закон про адміністративний процес виходить з того, що дії органів влади проти заявленої волі громадянина, також можуть бути легітимними і не вступати при цьому в конфлікт із принципами демократії. У будь-якому разі, відкрите нав'язування своєї волі, може бути якоюсь мірою кращим за «псевдокооперативні» дії органів влади, які, очевидно, від самого початку замислювалися для їхнього використання по відношенню до інтеграційних угод, закріплених у § 15 Другої книги Соціального кодексу, за якими зацікавлена особа «очевидно, добровільно підкоряється ярму угоди, а також вимушена погоджуватися з нею» [7, с. 282].

Чесніше було б розглядати відносини між державою і громадянином, все ж таки, не як відносини «рівного порядку», а «іншого порядку», хоча само собою зрозуміло, що органи влади і громадянин обидва «перебувають у підпорядкуванні закону» [20, § 9 Rn. 46]. Однак, принципова різниця полягає в тому, що у разі, якщо органи влади під час використання своїх повноважень підкоряються і перебувають у системі своїх зобов'язальних координат, в той час як громадянин під час обстоювання своїх прав вже перед органом влади примушується до вчинення тих чи інших певних дій у формі дії або бездіяльності. Самі норми ЗАП, такі як § 35 та 43 абз. I і абз. II лише підтверджують це тим, що характеристика «верховний», яка міститься в них, а саме в § 35 ЗАП, підкреслює виключне право

<sup>2</sup>

Судове рішення: BVerfG (K) NJW 2021, 377 Rn. 6; BGH NJW 2001, 1077

держави в односторонньому порядку встановлювати правила, щоправда з можливим коригуванням на те, що громадянину надається можливість висловити свою позицію у справі (§ 28 ЗАП), а орган влади, в свою чергу, зобов'язується встановити правила (§ 39 ЗАП). Набуття адміністративним актом чинності регулюється § 43 ЗАП і настає з моменту його опублікування. Якщо громадянин має намір оскаржити адміністративний акт, то він несе обмежений у часі тягар оскарження відповідно до чинних адміністративних процедур.<sup>3</sup>

Якщо ж розглядати адміністративний акт як правову форму адміністративної дії (нім. *Verwaltungshandeln*), то, на жаль, картина стає іншою, і адміністративний акт вже, як правило, розглядають з точки зору адміністративного судочинства. Тут адміністративний акт постає як від початку завершеного правового оформлення фактичної ситуації, яка має бути розглянута на предмет його юридичної допустимості з точки зору *ex post* [15, с. 297]. Такий погляд на адміністративний акт відображає лише частину, обумовлену завданням адміністративного суду, але не відображає позицію законодавця, виражену в ЗАП, яка розглядає адміністративний акт як вбудований в адміністративний процес, процес ухвалення рішень [20, § 35 Rn. 5].

У результаті розв'язання цієї проблеми може бути орієнтація на доктрину правовідносин (нім. *Rechtsverhältnislehre*), яка говорить про неприпустимість витіснення таким підходом розуміння адміністративного акту в контексті § 35 ЗАП [3, с. 232]. У межах цього процесу ухвалення рішень на перший план для громадянина та адміністративного органу виходять не тлумачення та правова оцінка вже зробленої ними заяви, а детальний розгляд передумов адміністративного акту, який ще належить ухвалити та його опрацювання в деталях, а для громадянина - ступінь його впливу на цей процес ухвалення рішень [23, Rn. 7]. Саме поняття "міра" у § 35 ЗАП підкреслює волевиявлення адміністративного органу щодо намірів створити у процесі правові наслідки, які як «правила» являють собою матеріальний результат адміністративного процесу. Якщо ж адміністративний акт розглядати як форму управлінських дій, то й розуміти його слід відповідно, як «накопичувач» [14, с. 35], який в абстрактній формі містить масу тверджень, що дають змогу конструювати стандартні відповіді з метою кваліфікувати міру як адміністративний акт, що саме по собі означає не що інше, як рішення про те, що правові наслідки, які закон пов'язує з поняттям адміністративного акту, мають бути застосовані до цієї міри. При цьому, слід враховувати, що форма управлінської дії адміністративного акту відкрита для подальшого розвитку і на сьогодні не існує *numerus clausus* адміністративного акту.

Напроти, Людвіг Ренк виступав за більш сувору формалізацію поняття адміністративного акту і приведення його у відповідність із судовою практикою. Таким чином, на його думку, адміністративний акт слід розуміти виключно з погляду його титульної функції, під якою Ренк мав на увазі функцію адміністративного акту, як титулу примусового виконання (нім. *Vollstreckungstitel*), а також функцію індивідуалізації та роз'яснення (нім. *Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion*) [17, с. 32]. Для досягнення цієї мети, на його думку, слід привести § 35 ЗАП у відповідність до § 117 абз. I і абз. II Положення про адміністративно-судовий процес [16, с. 299]. *De lege lata*, однак, з точки зору адмі-

<sup>3</sup> Судове рішення: BVerwG NJW 1981, 2592



ністративно-процесуального права визначення поняття адміністративного акту тільки за формальними критеріями не можливе. Причиною тому слугує те, що § 35 ЗАП спирається виключно на матеріальні критерії. При цьому, згідно з чинним законодавством, адміністративний акт виходить за рамки титулу (нім. *Titel*) і його функцій, оскільки це всього лише одна з його функцій. Таким чином, вона не підходить як відправна точка для нової концепції адміністративного акту [11, с. 770]. Для коригування, необхідно внести більше ясності й в саме поняття адміністративного акту, через звернення до функцій адміністративного акту, виходячи з тлумачення його складових елементів, що містяться в § 35 ЗАП, а не намагатися все пояснити винятково формуванням все нових і нових концепцій.

Ні § 35 ЗАП, ні § 9 ЗАП не встановлюють *numerus clausus* публічно-правовим формам дії. Більш того, Закон про адміністративний процес не перешкоджає розвитку нових форм управлінської діяльності. Це відбувається, як правило, тоді, коли виникає в цьому відповідна практична (або передбачувана) необхідність [10, с. 1211]. Значимість і роль вже відомих форм управлінських дій, не представлених у ЗАП, також може бути переглянута. Про це свідчить інформування і консультування, які набули досить широкого поширення як засіб формування та управління. Не останню роль у цьому відіграло й посилення вимог до дій органів влади в рамках приватного права, а також включення досудових адміністративних рішень (нім. *vorgerichtliche Verwaltungsentscheidung*), особливо під час подачі офіційних скарг, у доктрину форм управлінських дій [21, с. 21]. Однак, не слід переоцінювати реальну потребу в розвитку нових форм діяльності органів влади. Наприклад, зростаюча потреба в більш тісній співпраці та неформальності, як правило, обговорюється тільки на прикладі політично важливих галузей – екологічне, технічне та планове право, які не мають особливого значення для основної маси органів влади.

Тому, ця дискусія лише обмеженою мірою може слугувати моделлю для інших галузей [18, с. 216]. Так, не затверджений Екологічний кодекс, був покликаний створити нові консенсуальні форми управлінських дій для екологічного сектора. При цьому, адміністративно-регуляторне право (нім. *Regulierungsverwaltungsrecht*) повністю спирається на адміністративний акт і обходиться без нових форм управлінських дій, зокрема й без публічно-правового договору [5, с. 985]. Те саме стосується й інших референтних галузей інфраструктурного та господарсько-адміністративного права [2], у яких адміністративний акт використовується, головним чином, як інструмент формування права, особливо в тих галузях, у яких нормативні положення сформульовані в остаточному, а не умовному вигляді під впливом європейського союзного права.

Складнощів у цьому процесі додає й те, що неформальні або консенсуальні адміністративні дії у формі угод, тощо, здебільшого не вважаються доречними в «класичному» адміністративному праві та, насамперед, у поліцейському та праві громадського порядку (нім. *Polizei- und Ordnungsrecht*) [20, § 35 Rn. 8]. Усе це справедливо й щодо будівельного права, якщо йдеться про «стандартний» будівельний об'єкт, який не обтяжений «участю інвесторів». У міграційному законодавстві або праві, що регулюють правове становище державних посадовців, у масових податкових процедурах, у праві щодо порядку справляння та сплати комунальних зборів, у наданні соціальних пільг і поза «*трьома стовпами*» (нім.



## Список використаної літератури

1. Левандовскі А. Публічно-правовий договір в адміністративному праві Німеччини. *Правова держава*. 2022. № 47. С. 29-39.
2. Левандовски А. Хозяйственно-административное право Германии как образец реформирования административного законодательства в Украине. *Хмельницький*. 2021. С. 13-17.
3. Blümel, Willi / Pitschas, Rainer. Reform des Verwaltungsverfahrensrechts. Vorträge und Diskussionsbeiträge des Forschungsseminars am Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer vom 3. bis 5. März 1993 - Schriftenreihe der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer (HS). Band 114. 1994. 371 s.
4. Burgi, Martin. Verwaltungsverfahrenrecht zwischen europäischem Umsetzungsdruck und nationalem Gestaltungsunwillen. – *Juristen Zeitung (JZ) - Jahrgang 65 (2010) / Heft 3*. S. 105-112.
5. Danwitz Thomas von. Was ist eigentlich Regulierung? 57. Jahrgang 2004. S. 977.
6. Di Fabio, Udo. System der Handlungsformen und Fehlerfolgenlehre, in: Becker-Schwarze, K. (Hg.): Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht. 31. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung «Öffentliches Recht». 1991. S. 47.
7. Ebsen, Ingwer. Redebeitrag auf der Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena von 06. bis 09.10.2004 // *Der Sozialstaat in Deutschland und Europa, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDStRL)*. Band 64. Berlin. S. 180-181.
8. Engel, Christoph. Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt. 1992. 195 s.
9. Engert, Markus. Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt. 2002. 274 s.
10. Ellerbrok. *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*. 2021. S. 1204 (1211).
11. Henneke, Hans-Günter. 30 Jahre LVwG, 20 Jahre VwVfG – Stabilität und Flexibilität des Verwaltungshandels. *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*. 1997. S. 768-990.
12. Ladeur, Karl-Heinz. Die Zukunft des Verwaltungsakts - Kann die Handlungsformenlehre aus dem Aufstieg des >>informalen Verwaltungshandels<< lernen? *Verwaltungsarchiv: Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*. Band 86. 1995. S. 511-530.
13. Mayer, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht* 3. Aufl. 1924.
14. Pauly, Walter. Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht, in: K. Becker-Schwarze u.a.(Hrsg.), *Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht*, 31. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung «Öffentliches Recht». Bremen 1991. Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a. 1991. S. 25-45.
15. Pietzcker, Jost. Das Verwaltungsrechtsverhältnis – archimedischer Punkt oder Münchhausens Zopf? *Die Verwaltung*. 1997. S. 281.
16. Renck, Ludwig. Der Verwaltungsstaat im Wandel. *Festschrift für Franz Knöpfle zum 70. Geburtstag*. 09.12. 1996. S. 291.
17. Renck, Ludwig. GG – Problematik eines Ersatzunterrichts über die «allgemein anerkannten Grundsätze der Sittlichkeit» Zur Auslegung von Art. 137 Abs. 2 BV - *BayVBl*. 2000. S. 305.
18. Schoch, Friedrich. Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandels - Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, Band 2 (Hrsg. W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt Aßmann), Baden-Baden 1994, S. 199-244.
19. Schuppert, Gunar Folke. *Verwaltungswissenschaft*. 2000.
20. Stelkens, Paul/ Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael. *Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG*. 10. Aufl. 2023. 2728 s.
21. Stelkens, Ulrich. *Verwaltungsprivatrecht. Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*. 2020. 2. Aufl. 1321 s.
22. Stelkens, Ulrich. *Verwaltungsprivatrecht – Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*. Berlin, 2005. 1320 s.
23. Stelkens, Ulrich. Die Gerichtsbarkeit in den neuen Bundesländern // *Juristische Schulung (JuS)*. 1991. S. 991-996.

## References

1. Lewandowski A. (2022). Public law contract in German administrative law. *Constitutional State*. № 47. 29-39 [in Ukrainian].
2. Lewandowski A. (2021). German economic and administrative law as a model for administrative law reform in Ukraine. *Chmelnyzkyj*. 13-17 [in Russian].
3. Blümel, Willi / Pitschas, Rainer (1994). Reform des Verwaltungsverfahrenrechts. Vorträge und Diskussionsbeiträge des Forschungsseminars am Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer vom 3. bis 5. März 1993 - Schriftenreihe der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer (HS). Band 114. 371 s. [in German].
4. Burgi, Martin. (2010). Verwaltungsverfahrenrecht zwischen europäischem Umsetzungsdruck und nationalem Gestaltungsunwillen. *Juristen Zeitung (JZ) - Jahrgang 65 / Heft 3*. S. 105-112. [in German].
5. Danwitz Thomas von. Was ist eigentlich Regulierung? 57. Jahrgang 2004. S. 977 [in German].
6. Di Fabio, Udo. (1991). System der Handlungsformen und Fehlerfolgenlehre, in: Becker-Schwarze, K. (Hg.): Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht. 31. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung «Öffentliches Recht». S. 47. [in German].
7. Ebsen, Ingwer. Redebeitrag auf der Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena von 06. bis 09.10.2004 // *Der Sozialstaat in Deutschland und Europa, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*. Band 64. Berlin. S. 180-181. [in German].
8. Engel, Christoph. (1992). Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt. 95 s. [in German].
9. Engert, Markus (2002). Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt. 274 s. [in German].
10. Ellerbrok (2021). *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*. S. 1204 (1211) [in German].
11. Henneke, Hans-Günter (1997). 30 Jahre LVwG, 20 Jahre VwVfG – Stabilität und Flexibilität des Verwaltungshandels // *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*. S. 768-990. [in German].
12. Ladeur, Karl-Heinz (1995). Die Zukunft des Verwaltungsakts - Kann die Handlungsformenlehre aus dem Aufstieg des >>informalen Verwaltungshandelns<< lernen? *Verwaltungsarchiv: Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*. Band 86. S. 511-530 [in German].
13. Mayer, Otto. (1924). *Deutsches Verwaltungsrecht* 3. Aufl. [in German].
14. Pauly, Walter (1991). Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht, in: K. Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 31. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung «Öffentliches Recht» Bremen 1991. Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a. S. 25-45. [in German].
15. Pietzcker, Jost (1997). Das Verwaltungsrechtsverhältnis – archimedischer Punkt oder Münchhausens Zopf? *Die Verwaltung*. S. 281. [in German].
16. Renck, Ludwig (1996). Der Verwaltungsstaat im Wandel. *Festschrift für Franz Knöpfle zum 70. Geburtstag*. S. 291 [in German].
17. Renck, Ludwig (2000). GG – Problematik eines Ersatzunterrichts über die «allgemein anerkannten Grundsätze der Sittlichkeit». Zur Auslegung von Art. 137 Abs. 2 BV – BayVBl. S. 305 [in German].
18. Schoch, Friedrich (1994). Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns - Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, Band 2 (Hrsg. W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt Aßmann), Baden-Baden, S. 199-244. [in German].
19. Schuppert, Gunar Folke (2000). *Verwaltungswissenschaft* [in German].
20. Stelkens, Paul (2023). Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael. *Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG*. 10 Auf. 2728 s. [in German].
21. Stelkens, Ulrich (2020). *Verwaltungsprivatrecht. Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*. 2 Aufl. 1321 s. [in German].

22. Stelkens, Ulrich (2005). Verwaltungsprivatrecht – Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen. Berlin, 1320 s. [in German].
23. Stelkens, Ulrich (1991). Die Gerichtsbarkeit in den neuen Bundesländern // Juristische Schulung (JuS). S. 991-996. [in German].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

*Alexander Lewandowski*, Postgraduate Student  
LL.M. (University Freiburg, Germany)  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: alexander.lewandowski@ukr.net

## THE SIGNIFICANCE OF THE ADMINISTRATIVE ACT AS A FORM OF ADMINISTRATIVE ACTION IN GERMAN ADMINISTRATIVE LAW

### Summary

The article is devoted to the consideration of administrative act as a form of management by German authorities. A special place in the article is given to the history of the act's development into an independent unit of administrative law. The author shows the necessity of transition from the concept that emerged in the academic literature in the image of the French act administrative unilateral to a full-fledged legal figure which is still the main element of the guarantee of protection of citizens. The author examines the place of an administrative act in the system of the Administrative Procedure Act and other legal provisions of German law, with an emphasis on the difference in the understanding of an act in different branches of administrative law. The author also reveals the interaction of the act as an element of administrative coercion with the principles of democracy. Particular attention is paid to the understanding of an administrative act in the context of administrative process, including the contrast between the influence of judicial practice and its purely managerial understanding. The article also discusses the peculiarity of an administrative act, namely, its ability to be transformed depending on the needs of public authorities and the absence of any strict restrictions on the part of the legislator. The author also raises the issue of the possibility of replacing or transforming the act with other forms of governance. The author discusses the possibility of a more detailed stratification of an administrative act to increase its effectiveness of application by making its elements easier to construct and facilitating the search for answers to emerging questions.

**Keywords:** administrative act, form of administrative act, administrative action, German Administrative Procedure Act.



DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2023.49.276027>

УДК 342.9

**О. І. Миколенко**, докт. юрид. наук, професор, завідувач кафедри  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра адміністративного та господарського права  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: O.Mykolenko@onu.edu.ua  
ORCID ID: 0000-0002-9755-9454

**Н. В. Добровольська**, канд. юрид. наук, доцент  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра адміністративного та господарського права  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: dobrovolksayanina@ukr.net  
ORCID ID: 0000-0003-1933-8266

### ЦІЛЕПОКЛАДАННЯ В ПРАВІ ТА ЦІЛІ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

У статті визначені цілі адміністративного права та здійснено їх характеристику. Доведено, що адміністративне право, як галузь права України, переслідує наступні базові цілі: регулювання суспільних відносин, що обумовлені об'єктом та предметом адміністративно-правового регулювання; охорона адміністративних правовідносин та правовідносини інших галузей права України; закріплення адміністративних проваджень щодо реалізації матеріальних норм адміністративного права. Зроблено висновки, що адміністративне право, як галузь публічного права, має наступні цілі: закріплення механізму побудови системи органів публічної адміністрації та основ її функціонування, головним обов'язком якої є утвердження і забезпечення прав і свобод людини; встановлення правових стандартів організації публічної служби, які сприяють забезпеченню і реалізації прав та свобод людини і громадянина; встановлення правових стандартів здійснення управлінських процедур та управлінської діяльності; встановлення правових стандартів здійснення правотворчих процедур щодо видання суб'єктами публічного адміністрування підзаконних нормативно-правових актів; встановлення правових стандартів здійснення адміністративних процедур та публічно-сервісної діяльності; встановлення правових стандартів здійснення контрольної діяльності суб'єктами публічного адміністрування; встановлення правових стандартів здійснення правоохоронної діяльності суб'єктів публічного адміністрування; встановлення способів та механізмів адміністративно-правового захисту порушених прав і свобод особи в публічно-правовій сфері.

**Ключові слова:** цілепокладання в праві, адміністративне право, адміністративно-правове регулювання, цілі адміністративного права, функції адміністративного права.

**Постановка проблеми.** Цілепокладання як метод дослідження правових явищ, допомагає, по-перше, з'ясувати орієнтири правового регулювання в цілому права та його елементів (галузей, правових інститутів, норм права), по-друге, визначити ефективність правового регулювання, порівнюючи між собою цілі та



результати правового регулювання. При цьому, право є багаторівневою системою, в якій кожен рівень має свій специфічний набір цілей, що обумовлені предметом правового регулювання. Таким чином, цілепокладання допомагає розкрити взаємозалежність цілей правового регулювання та результатів правореалізації.

Все вищесказане в повній мірі відповідає і адміністративному праву як галузі національного права. Адміністративне право має цілі, які реалізує в середині системи національного права, та цілі, які реалізує зовні – щодо існуючих в суспільстві відносин. Саме ж адміністративне право складається з підгалузей, правових інститутів та норм адміністративного права, які мають свої специфічні цілі, які не завжди відображені на загальногалузевому рівні. Наприклад, адміністративно-деліктне право, яке є правовим інститутом адміністративного права, спрямоване на охорону суспільних відносин, що врегульовані галузями національного права.

В наукових джерелах адміністративне право досліджувалось як елемент системи права України, як системне явище, як функціональне правове явище, втім, майже відсутні публікації присвячені цілям адміністративного права та його елементам. З огляду на це, дослідження цілепокладання в праві та цілей адміністративного права України є актуальним напрямом розвитку правової доктрини та адміністративного законодавства.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Завдяки тому, що цілі правового регулювання тісно пов'язані із функціями права, цілі адміністративного права фрагментарно досліджувались у працях таких вчених, як В. Авер'янов, Ю. Битяк, В. Колпаков, А. Комзюк, О. Миронець, Ю. Пирожкова і ін. Слід підкреслити, що цілі правового регулювання не були предметом цих досліджень, про них згадувалось лише як про елемент правової дійсності, який допомагає визначитись із функціями адміністративного права України. Втім, наявність досліджень про функції адміністративного права дозволяє, по-перше, констатувати, що певні узагальнення про цілі адміністративно-правового регулювання були зроблені в теорії адміністративного права, по-друге, відзначити низький рівень використання цілепокладання в дослідженнях адміністративно-правових явищ.

**Мета статті.** Метою даної публікації є визначення цілей адміністративного права та їх характеристика.

**Виклад основного матеріалу.** Визначення цілей правового регулювання є важливим чинником для розуміння теорії адміністративного права, особливостей правотворчої діяльності у сфері адміністративних відносин та специфіки реалізації норм адміністративного права суб'єктами права. Пояснюється це тим, що наявність мети правового регулювання дозволяє говорити про сукупність необхідних правових засобів для її досягнення. Наявність правових засобів дозволяє говорити про рівень їх ефективності при реалізації на практиці. Результати ж правозастосовної діяльності (у вигляді статистики, звітності і ін.) дозволяє, при необхідності, переосмислити як закріплені правові засоби, так і цілі правового регулювання. Таким чином, є прямий зв'язок між метою правового регулювання та його результатом. Якщо мета не співпадає з результатом правового регулювання, то є нагальна проблема:

- а) хибні цілі, які не відповідають потребам суспільства;
- б) недосконалий набір правових засобів, що забезпечує досягнення поставлених цілей.

З цих позицій, адміністративне право, його правові інститути та окремі норми адміністративного права ще не розглядалися в юридичній науці. Пропонуємо через призму цілепокладання охарактеризувати одну із фундаментальних галузей національного права – «адміністративне право».

Функції адміністративного права ґрунтовно досліджувались в комплексних працях Ю. В. Пирожкової «Теорія функцій адміністративного права» [1] та О. М. Миколенко «Функції адміністративно-деліктного права (теоретико-правовий аспект)» [2]. Втім, по-різному вчені розглядають роль цілей правового регулювання при визначенні функцій адміністративного права.

Наприклад, Ю. В. Пирожкова зазначає: «У співвідношенні «право – функція», право встановлює орієнтири та масштабність реалізації будь-якої власної функції як взаємозалежного елемента. Розкриваючи зміст функції права, необхідно постійно мати на увазі зв'язок призначення права з напрямками його впливу та, навпаки, визначеність останніх призначенням права» [1, с. 83]. Орієнтир це кінцевий результат, до якого прагне досягнути суб'єкт правового регулювання. Відповідно, у висловленому вище контексті поняття «орієнтир» ототожнене з поняттям «ціль», а поняття «функція права» – з поняттям «напрямок правового регулювання». Втім, чіткого змістовного розмежування понять «ціль» та «напрямок» правового регулювання Ю. В. Пирожкова не дає. Виникає дивна ситуація. Є декілька близьких за змістом понять – «функція права», «ціль правового регулювання» та «напрямок правового впливу», кожне із них виконує свою роль у правовому регулюванні, але одразу збагнути їх змістовне співвідношення та взаємовплив не завжди вдається. Є причіпками того, що функція права (як і функція адміністративного права) складається із трьох елементів: 1) цілі правового регулювання (ідеал, до якого слід прагнути); 2) засоби правового регулювання (правовий інструментарій у вигляді процедур, спеціальних суб'єктів правореалізації, заходів примусу і ін.); 3) результат правового регулювання (кінцевий результат, який реально було отримано при реалізації норм права). Відповідно, цілі правового регулювання можна намагатись підмінювати іншими поняттями (орієнтир чи напрям правового регулювання), але сутність від цього не змінюється – «цілі адміністративно-правового регулювання визначаються його змістом, а зміст адміністративного права – його призначенням, по-перше, в системі національного права (по відношенню до інших галузей права), по-друге, в системі суспільних відносин, що охоплюються предметом адміністративного права.

Ю. В. Пирожкова, на жаль, не розглядає функції адміністративного права як сукупність трьох елементів – цілі, засоби та результат адміністративно-правового регулювання, але постійно була близько від такого висновку. Можна навести два висловлювання Ю. В. Пирожкової, які підтверджують наші висновки щодо результатів її дослідження.

По-перше, вчена стверджує, що функція адміністративного права «є вектором (цілеспрямованим напрямом) його впливу на суспільні відносини, що направлений на досягнення бажаного, запрограмованого результату» [1, с. 85]. Виходить, що будь-яка функція адміністративного права це цілеспрямований напрям правового впливу на суспільні відносини. І, власне, «ціль адміністративно-правового регулювання» визначає вид і назву відповідної функції адміністративного права. Якщо цілком адміністративно-правового регулювання є «охорона

правовідносин», то можна говорити про існування охоронної функції адміністративного права, якщо ж мета адміністративно-правового регулювання – «обмеження соціально небезпечних відносин», то серед функцій адміністративного права можна виділяти «обмежувальну функцію», тощо.

По-друге, Ю. В. Пирожкова стверджує, що функції адміністративного права характеризуються наявністю «мети, що обумовлена вирішенням певних завдань, засобів їх досягнення та отриманням результату, який був запрограмований» [1, с. 87]. Важко висловити якусь чітку позицію стосовно «запрограмованого» чи «незапрограмованого» результату функцій адміністративного права, адже «програмування» не є категорією права. Програмувати можна комп'ютерні програми, програмувати ж результат в праві неможливо, адже існує безліч обставин на практиці, які, при великому бажанні законодавця, врахувати в правовому регулюванні не завжди виходить. Тому і існують у праві такі поняття як «аналогія права», «аналогія закону», «тлумачення норм права» і ін. Втім, повністю підтримуємо вислів Ю. В. Пирожкової, що функції адміністративного права набувають свого прояву через три самостійні поняття у праві – цілі адміністративно-правового регулювання, адміністративно-правові засоби та результат реалізації норм адміністративного права.

Якщо орієнтуватись на види функцій адміністративного права, що запропонувала Ю. В. Пирожкова, то цілями сучасного адміністративного права є:

- підсистема першого рівня: 1) регулювання суспільних відносин; 2) охорона правовідносин; 3) обслуговування матеріальних норм;
- підсистема другого рівня: 1) регулювання та розвиток економічних відносин; 2) регулювання та розвиток політичних відносин; 3) регулювання та розвиток соціально-культурних відносин;
- підсистема третього рівня: 1) досягнення перспективних орієнтирів у правовій площині; 2) упорядкування організаційно-управлінської діяльності суб'єктів публічного адміністрування; 3) організуючий вплив на інші галузі права [1, с. 187].

Як бачимо, у Ю. В. Пирожкової є намагання всебічно підійти до визначення цілей адміністративно-правового регулювання. Перший рівень цілей визначається в залежності від змісту адміністративно-правового регулювання – регулювання, охорона чи закріплення механізмів реалізації матеріальних норм адміністративного права. Другий рівень – в залежності від сфери суспільних відносин, на яку здійснюється вплив адміністративного права, – розвиток економічних, політичних і соціально-культурних відносин. При цьому, використана стара класифікація адміністративних правовідносин, що була притаманна для Особливої частини навчальної дисципліни «Адміністративне право», що читалась до 2014 року у закладах вищої освіти юридичного спрямування. Третій рівень – в залежності від особистих уподобань Ю. В. Пирожкової, адже відсутній критерій, на підставі якого можна було б виділити в одній групі прогностичні, організаційно-управлінські і синергетичні цілі.

Таким чином, повністю підтримуємо існування цілей адміністративного права, так званого, першого рівня, адже майже всі галузі права спрямовані на регулювання суспільних відносин, охорону правовідносин та закріплення механізмів реалізації матеріальних норм (наприклад, повноважень, прав і обов'язків суб'єктів права).

Не погоджуємось з цілями другого рівня, що пропонує Ю. В. Пирожкова, адже вони не розкривають специфіку адміністративно-правового регулювання. Наприклад, фінансове, комерційне чи господарське право характеризуються тим, що регулюють певну сферу суспільних відносин і предмет їх регулювання обмежується виключно фінансовими, комерційними чи господарськими відносинами. При характеристиці цілей правового регулювання вище названих правових утворень доцільно було б говорити про регулювання та розвиток фінансових, комерційних чи господарських відносин. В адміністративному ж праві специфіка суспільних відносин, які воно регулює, проявляється в тому, що ці відносини, по-перше, є публічно-владними, по-друге, стосуються як функціонування органів публічного адміністрування, так і їх комунікації з суб'єктами приватного права (фізичними та юридичними особами), по-третє, рівномірно розбиті на три групи – управлінські, публічно-сервісні і правоохоронні відносини. Тому, якщо і виділяти цілі другого рівня адміністративно-правового регулювання, то це повинні бути не економічні, політичні чи соціально-культурні цілі, а цілі щодо розвитку публічно-владних відносин в управлінській, сервісній і правоохоронній сферах.

Третій рівень цілей адміністративно-правового регулювання, що виділяє Ю. В. Пирожкова, взагалі вважаємо недоречним, адже прогностичні і синергетичні цілі притаманні не адміністративному праву як галузі права, а науці адміністративного права, а організаційно-управлінські цілі ставляться перед керівниками органів публічного адміністрування, які через видання підзаконних нормативно-правових актів або актів індивідуальної дії можуть досягати таких цілей. Адміністративне ж право як галузь права не орієнтоване на прогнозування, синергію чи організацію управління.

О. М. Миколенко запропонувала функції адміністративного права розглядати як синтез трьох самостійних понять – цілі, засоби та результат адміністративно-правового регулювання, втім, її система функцій адміністративного права не корелює із цілями адміністративно-правового регулювання [2]. Тобто, вчена спробувала деталізувати цілі, які ставить перед собою сучасне адміністративне право, без прив'язки до функцій адміністративного права. Зокрема, О. М. Миколенко пропонує виділяти наступні постійні цілі адміністративного права:

1) *закріплення механізму побудови системи органів публічної адміністрації та основ її функціонування, головним обов'язком якої є утвердження і забезпечення прав і свобод людини* [2, с. 279]. Можна довго розмірковувати над тим, що первинне – права і свободи людини та громадянина, у відповідності до яких повинні формуватися органи публічного адміністрування, чи система органів публічного адміністрування, які забезпечують, в тому числі, реалізацію прав і свобод людини та громадянина. Втім, очевидним є той факт, що адміністративне право закріплює систему органів публічного адміністрування і від якості адміністративно-правового регулювання залежить буде чи ні ця система органів ефективною;

2) *встановлення правових стандартів організації публічної служби, які сприяють забезпеченню і реалізації прав та свобод людини і громадянина* [2, с. 279]. Систему органів публічного адміністрування наповнюють люди – публічні службовці, які забезпечують як якість, так і ефективність публічного ад-

міністрування в Україні. Тому організація функціонування публічної служби є однією із основних цілей адміністративно-правового регулювання;

3) *встановлення правових стандартів здійснення управлінських процедур та управлінської діяльності* [2, с. 279]. Підкреслюємо, що мова йде не про адміністративні процедури, а про процедури прийняття управлінських рішень та про внутрішньо-організаційну управлінську діяльність, що виникає між суб'єктами публічного адміністрування та їх структурними підрозділами. Для будь-якого публічного службовця адміністративне право це галузь права, що, в першу чергу, регламентує його управлінську, і вже потім – публічно-сервісну діяльність. Ігнорувати дану мету при визначенні цілей адміністративного права, значить ігнорувати природу публічної служби, яка є невід'ємним елементом будь-якого публічного управління;

4) *встановлення правових стандартів здійснення правотворчих процедур щодо видання суб'єктами публічного адміністрування підзаконних нормативно-правових актів* [2, с. 279]. Видання підзаконних нормативно-правових актів не можна віднести ні до управлінської, ні до публічно-сервісної діяльності публічних службовців. Цей вид діяльності має багато особливостей, які слід враховувати при адміністративно-правовому регулюванні правотворчої діяльності органів виконавчої влади;

5) *встановлення правових стандартів здійснення адміністративних процедур та публічно-сервісної діяльності* [2, с. 280]. Надання публічних послуг є одним із важливих напрямів діяльності органів публічного адміністрування, а тому важливо, з одного боку, забезпечити суб'єкта владних повноважень відповідними повноваженнями, а з іншого, фізичних та юридичних осіб гарантіями щодо обмеження свавілля органів, які надають такі адміністративні послуги;

6) *встановлення правових стандартів здійснення контрольної діяльності суб'єктами публічного адміністрування* [2, с. 280]. В даному випадку, мова йде про «зовнішній контроль» суб'єктів публічного адміністрування, який здійснюється не по відношенню до підлеглих суб'єктів, а по відношенню до суб'єктів, що не мають підлеглих відносин з суб'єктом контрольної діяльності. Внутрішній же контроль є невід'ємним елементом внутрішньо-організаційної управлінської діяльності в органах публічного адміністрування, а тому не охоплюється даною метою адміністративно-правового регулювання;

7) *встановлення правових стандартів здійснення правоохоронної діяльності суб'єктів публічного адміністрування* [2, с. 280]. Мова йде про межі і підстави використання в діяльності органів публічного адміністрування заходів адміністративного примусу. Навіть демократичні держави не можуть повністю відмовитись від використання заходів примусу органами виконавчої влади чи органами місцевого самоврядування. Є лише нагальна проблема визначення меж використання таких заходів та підстав їх застосування;

8) *встановлення способів та механізмів адміністративно-правового захисту порушених прав і свобод особи в публічно-правовій сфері* [2, с. 280]. Адміністративне судочинство та адміністративно-деліктне право є елементами системи адміністративного права, а тому закріплення способів та механізмів захисту порушених прав і свобод особи в публічно-правовій сфері залишається одним із пріоритетних напрямів адміністративно-правового регулювання.



**Висновки і пропозиції.** На підставі проведеного дослідження були зроблені наступні висновки.

Адміністративне право, як будь-яка інша галузь права України, переслідує три базові цілі:

а) регулювання суспільних відносин, що обумовлені об'єктом та предметом адміністративно-правового регулювання;

б) охорона адміністративних правовідносин та правовідносин інших галузей права України;

в) закріплення адміністративних проваджень щодо реалізації матеріальних норм адміністративного права.

Адміністративне право, як галузь публічного права, переслідує наступні цілі: 1) закріплення механізму побудови системи органів публічної адміністрації та основ її функціонування, головним обов'язком якої є утвердження і забезпечення прав і свобод людини; 2) встановлення правових стандартів організації публічної служби, які сприяють забезпеченню і реалізації прав та свобод людини і громадянина; 3) встановлення правових стандартів здійснення управлінських процедур та управлінської діяльності; 4) встановлення правових стандартів здійснення правотворчих процедур щодо видання суб'єктами публічного адміністрування підзаконних нормативно-правових актів; 5) встановлення правових стандартів здійснення адміністративних процедур та публічно-сервісної діяльності; 6) встановлення правових стандартів здійснення контрольної діяльності суб'єктами публічного адміністрування; 7) встановлення правових стандартів здійснення правоохоронної діяльності суб'єктів публічного адміністрування; 8) встановлення способів та механізмів адміністративно-правового захисту порушених прав і свобод особи в публічно-правовій сфері.

### Список використаної літератури

---

1. Пирожкова Ю. В. Теорія функцій адміністративного права: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Запорізький національний університет. Запоріжжя, 2017. 543 с.
2. Миколенко О. М. Функції адміністративно-деліктного права (теоретико-правовий аспект): дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Запорізький національний університет. Запоріжжя, 2018. 484 с.

### References

---

1. Pyrozhkova, Yu. V. (2017). *Teoriya funktsiy administratyvnoho prava: dys. ... dokt. yuryd. nauk: 12.00.07 – administratyvne pravo i protses; finansove pravo; informatsiyne pravo.* Zaporiz'kyu natsional'nyu universytet. Zaporizhzhya. 543 s. [in Ukrainian].
2. Mykolenko, O. M. (2018). *Funktsiyi administratyvno-deliktnoho prava (teoretyko-pravovyy aspekt): dys. ... dokt. yuryd. nauk: 12.00.07 – administratyvne pravo i protses; finansove pravo; informatsiyne pravo.* Zaporiz'kyu natsional'nyu universytet. Zaporizhzhya. 484 s. [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.



*O. I. Mykolenko*, Doctor of Juridical Sciences, Professor  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
Head the Department of Administrative and Commercial Law  
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: O.Mykolenko@onu.edu.ua  
ORCID ID: 0000-0002-9755-9454

*N. V. Dobrovolskaya*, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
the Department of Administrative and Commercial Law  
Francuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: dobrovolskayanina@ukr.net  
ORCID ID: 0000-0003-1933-8266

## LAW OBJECTIVES AND GOALS OF THE ADMINISTRATIVE LAW OF UKRAINE

### Summary

The article defines the goals of administrative law and describes them. It has been established that goal setting as a method of researching legal phenomena helps, firstly, to find out the orientations of legal regulation of law and its elements (branches, legal institutions, legal norms), and secondly, to determine the effectiveness of legal regulation, comparing with each other goals and results of legal regulation. At the same time, law is a multi-level system in which each level has its own specific set of goals determined by the subject of legal regulation. Established, goal setting helps to reveal the interdependence of the goals of legal regulation and the results of legal implementation. It was found that in scientific sources, administrative law was studied as an element of the legal system of Ukraine, as a systemic phenomenon, as a functional legal phenomenon, however, there are almost no publications dedicated to the goals of administrative law and its elements. In view of this, the study of goal setting in law and the goal of administrative law is considered relevant for the development of legal doctrine in Ukraine. It is proven that administrative law, as a branch of Ukrainian law, pursues the following basic goals: regulation of social relations, which are determined by the object and subject of administrative-legal regulation; protection of administrative legal relations and legal relations of other branches of Ukrainian law; consolidation of administrative proceedings regarding the implementation of material norms of administrative law. It was concluded that administrative law, as a branch of public law, has the following goals: consolidation of the mechanism of building a system of public administration bodies and the foundations of its functioning, the main duty of which is to affirm and ensure human rights and freedoms; establishment of legal standards for the organization of public service, which contribute to ensuring and realizing the rights and freedoms of a person and a citizen; establishment of legal standards for implementation of management procedures and management activities; establishment of legal standards for the implementation of law-making procedures regarding the issuance by subjects of public administration of bylaws; establishment of legal standards for the implementation of administrative procedures and public service activities; establishment of legal standards for the implementation of control activities by subjects of public administration; establishment of legal standards for law enforcement activities of public administration entities; establishment of methods and mechanisms of administrative-legal protection of violated rights and freedoms of a person in the public-legal sphere.

**Keywords:** goal-setting in law, administrative law, administrative-legal regulation, goals of administrative law, functions of administrative law.



чого регулювання відповідних правовідносин, залишається недостатньо дослідженими.

Разом з тим, актуальність вказаної проблематики обумовлена тим, що забудовники при укладанні договорів на первинному ринку нерухомості застосовують велику кількість схем реалізації майнових прав, шляхом укладання різних непоіменованих договорів з визначенням вигідних для себе умов, базуючись при цьому саме на принципі свободи договору, і тим самим порушують права та інтереси інвесторів, які опиняються в стані правової невизначеності за відсутності дієвих засобів захисту.

У контексті зазначеного хочемо додати, що у зв'язку з повномасштабним військовим вторгненням російської федерації на територію України велика кількість об'єктів нерухомості зазнала руйнувань, а тому, на наше переконання, після Перемоги України первинний ринок нерухомості буде розвиватися надзвичайно потужно, що також переконує в актуальності теми цього дослідження.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дослідженню проблематики принципу свободи договору присвячено чимало доктринальних досліджень, серед яких наукові здобутки О. А. Беляневич, Т. В. Боднар, В. О. Горєва, А. В. Луць, М. В. Менджул, Р. Ю. Ханік-Посполітак, В. В. Шевченко та інших.

**Метою статті** є висвітлення проблемних питань щодо дії принципу свободи договору при укладанні угод на первинному ринку нерухомості, визначення актуальних законодавчих меж дії цього принципу, дослідження питання щодо обґрунтованості та виваженості останніх законодавчих ініціатив у цій галузі в аспекті застосування свободи договору і необхідності їх впровадження для захисту прав та інтересів інвесторів.

**Виклад основного матеріалу.** Для з'ясування особливостей дії свободи договору безпосередньо у сфері нерухомості вважаємо за необхідне визначитися з основними засадами цього принципу та межами його застосування.

На переконання деяких науковців закріплений в рамках цивільного законодавства України принцип свободи договору дублює конституційний принцип, відповідно до якого правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законом [1, с. 445].

Так, принцип свободи договору прямо передбачений пунктом 3 частини першої статті 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), а його зміст викладено у статтях 6 та 627 цього ж Кодексу.

Дослідження вказаних законодавчих приписів надає підстави виокремити основні ознаки (прояви) вказаного принципу, які умовно можна поділити на три групи: 1) свобода в укладанні договору; 2) свобода у виборі контрагента; 3) свобода у визначенні умов договору.

Нормами господарського законодавства принцип свободи договору прямо не передбачений.

Водночас, статтею 6 Господарського кодексу України (далі – ГК України) регламентовано загальні принципи господарювання в Україні, а саме: забезпечення економічної багатоманітності та рівний захист державою усіх суб'єктів господарювання; свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом; вільний рух капіталів, товарів та послуг на території України; обмеження

державного регулювання економічних процесів, у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави; захист національного товаровиробника; заборона незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини.

Системний аналіз цих та інших законодавчих норм надає підстави стверджувати, що у класичному вигляді для реалізації принципу свободи договору обидві його сторони повинні мати реальну практичну можливість обрати тип та вид угоди, спільно з'ясувати усі її істотні умови, запропонувати контрагенту певні зміни та, за погодженням, внести такі зміни до положень договору.

Тобто сторони можуть вказати в договорі все, що не суперечить закону, керуючись при цьому виключно власним волевиявленням, яке має бути вільним від зовнішніх впливів.

Водночас, частиною третьою статті 6 Цивільного кодексу України передбачено, що сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Аналізуючи норми ЦК України та ГК України, погоджуємося з позицією В.С. Щербини, який зазначив, що ГК України, на відміну від ЦК України, надає перевагу в регулюванні договірних правовідносин закону, а не договору [2, с. 91].

Разом з тим, В. С. Щербина також наполягає на недоцільності перенесення принципу свободи договору, що притаманний певним цивільним правовідносинам, на відносини за участю суб'єктів господарювання [2, с. 91].

О. А. Беляневич зазначає, що принцип свободи договору, сформульований в Цивільному кодексі України, «працює» й у сфері господарських договірних відносин тоді, коли для окремих видів договорів законодавцем не встановлений спеціальний правовий режим [3, с. 68].

Отже, дія принципу свободи договору не є абсолютною та визначається специфікою відповідних договірних правовідносин і правовими нормами, якими вони регулюються.

У контексті означених меж дії принципу свободи договору, аналізуючи специфіку договірних відносин у сфері нерухомості, зазначимо, що досить тривалий час такий принцип надавав можливість забудовникам виробляти та застосовувати велику кількість схем залучення інвестицій, шляхом укладання непоіменованих договорів, що містили в собі елементи одразу двох, а подеколи й трьох чи навіть більшої кількості видів договорів з різними умовами.

При цьому на первинному ринку нерухомості досліджуваний принцип повною мірою *de facto* діяв лише для забудовників, оскільки умови договорів визначалися саме ними і інвестори не мали практичної можливості та «права голосу» на внесення будь-яких змін до договору, який пропонувався до підписання для придбання майнових прав на об'єкти нерухомості, що мали бути зведені в майбутньому. Тобто інвестор за таких обставин міг лише обирати, вступати у договірні правовідносини з відповідним суб'єктом господарювання (збудовником) на запропонованих ним умовах чи ні.

Окреслена штучно створена нерівність сторін щодо практичної реалізації наданих їм правомочностей, які охоплюються принципом свободи договору, при намірі вступити у договірні правовідносини з приводу інвестування коштів у придбання майнових прав на об'єкт нерухомості, що буде зведений у майбутньому, та монополізація забудовниками цього кластера призводили до мінімізації гарантій прав інвесторів та ускладнення їх захисту в разі невиконання забудовником взятих на себе зобов'язань. Доречно звернути увагу на те, що договори більшості суб'єктів господарювання на ринку нерухомості або взагалі не передбачають строків закінчення будівництва відповідного об'єкту та його введення в експлуатацію, або містять «розмиті» положення щодо визначення таких строків і не встановлюють відповідальності забудовника в разі їх порушення.

Тобто в цьому випадку, як доречно зазначила П. Бітюк при дослідженні питання щодо співвідношення добросовісності та свободи договору, мало місце зловживання економічно сильнішою стороною (у рамках досліджуваних вище правовідносин – замовником), наявною в неї ринковою владою та нав'язування економічно слабкішій стороні (у цьому випадку – інвестору) невід'ємних для неї умов договору. На переконання П. Бітюк, сфері господарювання невід'ємно притаманна економічна нерівність її учасників [4, с. 67].

15 серпня 2022 року Верховна Рада України ухвалила Закон України № 2518-IX «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому» (далі – Закон № 2518-IX), який набув чинності 10 жовтня 2022 року.

Зазначеним законодавчим актом, зокрема статтею 6, імперативно визначено види договорів, які підлягають укладенню замовником будівництва, девелопером будівництва, управителем фонду фінансування будівництва із фізичними та юридичними особами при реалізації відповідних майнових прав на об'єкт нерухомості, який будується.

Так, у статті 6 Закону № 2518-IX передбачено, що пряме чи опосередковане залучення (інвестування, фінансування) замовником будівництва, девелопером будівництва, управителем фонду фінансування будівництва коштів від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управління, для спорудження об'єкта нерухомого майна з подальшим набуттям такими особами права власності на відповідні об'єкти нерухомого майна може здійснюватися виключно в такий спосіб:

1) шляхом укладення договорів купівлі-продажу неподільних об'єктів незавершеного будівництва/майбутніх об'єктів нерухомості (частки неподільного об'єкта незавершеного будівництва): із замовником будівництва, який є юридичною особою або фізичною особою - підприємцем; девелопером будівництва, який є юридичною особою;

2) шляхом укладення договорів про участь в фонді фінансування будівництва управителем фонду фінансування будівництва через фонди фінансування будівництва відповідно до цього Закону з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю»;

3) шляхом емісії цільових корпоративних облігацій, погашення яких здійснюється шляхом передачі об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва відповідно до Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки»



з умовою передачі об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва відповідно до укладеного нотаріального договору між замовником будівництва та власником таких облігацій про резервування (бронювання) об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва. До такого договору застосовуються вимоги щодо договору купівлі-продажу неподільного об'єкта незавершеного будівництва/майбутнього об'єкта нерухомості (перший продаж), крім пункту 19 частини другої статті 13 цього Закону.

Крім того, вказаним Законом № 2518-IX також регламентовано певні імперативні умови, включаючи істотні умови, деяких договорів, що укладаються на первинному ринку нерухомості. До прикладу, статтею 13 Закону визначено умови договору купівлі-продажу неподільного об'єкта незавершеного будівництва/майбутнього об'єкта нерухомості.

Оцінюючи закладений вказаним Законом механізм регулювання правовідносин у сфері нерухомості в контексті принципу свободи договору, варто зазначити, що фактично відповідними законодавчими положеннями впроваджено межі дії такого принципу.

Водночас, такі межі застосовуються до обох сторін договірних правовідносин, мінімізують ризик порушення прав інвесторів та в контексті з іншими положеннями цього ж Закону № 2518-IX, зокрема щодо гарантійної частки будівництва, покликани забезпечити реальне виконання забудовником, девелопером, управителем фонду фінансування будівництва взятих на себе зобов'язань та можливість фактичного отримання покупцем об'єкта нерухомості, в який ним були інвестовані кошти.

Укладання договорів на первинному ринку нерухомості із застосування приписів Закону № 2518-IX, на наше переконання, відповідає вимогам абзацу другого частини третьої статті 6 ЦК України, відповідно до якого сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Водночас, варто звернути увагу, що згідно з преамбулою вказаного вище Закону, він визначає особливості *цивільного* обороту об'єктів незавершеного будівництва і майбутніх об'єктів нерухомості та спрямований на гарантування речових прав на такі об'єкти.

Втім, аналізуючи норми статей 1-4 ГК України, вважаємо, що закладена Законом № 2518-IX нормативна модель регулювання договірних правовідносин у сфері нерухомості є господарсько-правовою, зокрема, в частині прояву принципу свободи договору, що як відзначалося вище, застосовується у таких правовідносинах, із застосуванням ряду імперативних законодавчих обмежень.

Разом з тим зауважимо, що законодавчі обмеження стосовно договірних правовідносин на первинному ринку нерухомості поширюються виключно на відчуження майнових прав на об'єкти, будівництво яких провадиться за рахунок залучених інвестицій, звичайно ж у відповідному пропорційному співвідношенні із гарантійною часткою, передбаченою статтею 9 Закону № 2518-IX.

Водночас, згідно з частиною другою статті 6 вказаного Закону, такі обмеження не поширюються на випадки фінансування об'єктів, що споруджуються виключно за рахунок власних, кредитних або позикових коштів замовника та/або девелопера будівництва.



Отже, у разі будівництва об'єктів виключно за рахунок коштів замовника/ девелопера, а не інвесторів, дія принципу свободи договору є значно ширшою і в такому випадку сторони вільні у виборі виду договору, за яким ними набуваються відповідні майнові права, та у визначенні його умов.

Втім, така модель будівництва об'єктів нерухомості є непопулярною через низьку економічну привабливість та необхідність «заморожування» забудовником фінансових ресурсів на весь період будівництва, що відповідно виключає їх з обігу як активи та як потенційне джерело отримання прибутку в інших сферах і напрямках, а також збільшує ризики безпосередньо для забудовника.

**Висновки і пропозиції.** Підводячи підсумки, зазначимо, що із набуттям чинності Закону № 2518-IX «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому» можна констатувати реформацію дії принципу свободи договору на первинному ринку нерухомості, яка характеризується регламентацією чітких імперативних меж його застосування у відповідних правовідносинах.

Водночас, враховуючи вищевикладене, вважаємо, що запровадження законодавцем відповідного більш жорсткого нормативно-правового регулювання є виправданим та актуальним, з огляду на сучасні виклики у галузі нерухомості і нагальну потребу захистити права та інтереси інвесторів, гарантувати їх дотримання та створити дієвий механізм запобігання відповідним порушенням. У свою чергу, створення безпечного та сприятливого інвестиційного клімату є запорукою успіху розвитку відповідної галузі.

### Список використаної літератури

1. Шевченко В. В. Сутність принципу свободи договору та його значення у земельному праві України. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського*. 2013. № 2-1 (Ч. 1). С. 445-451.
2. Щербина В. С. До питання щодо принципів господарського права. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2014. № 1. С. 85-92.
3. Беяневич О. А. Принцип свободи договору за Цивільним та Господарським кодексами України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Юридична наука. 2004. № 60-62. С. 64-68.
4. Бітюк П. До питання про співвідношення добросовісності та свободи договору. *Підприємство, господарство і право*. 2017. № 8. С. 65-70.

### References

1. Shevchenko V. V. (2013). Sutnist principu svobody dogovoru ta yogo znachennya u zemelnomu pravi Ukrainy. *Vcheni zapuski Tavriys'kogo nacional'nogo universitetu imeni V. I. Vernads'kogo*. № 2-1 (P. 1). S. 445-451 [in Ukrainian].
2. Shcherbina V. S. (2014). Do pitannya shodo principiv gospodars'kogo prava. *Visnyk Pivdenного regional'nogo zentru Natcional'noi akademii pravovih nauk Ukrainy*. № 1. S. 85-92 [in Ukrainian].
3. Belyanevich O. A. (2004). Princip svobody dogovoru za Civil'nim i Gospodars'kim kodeksami Ukrainy. *Visnyk Kiyvs'kogo nacional'nogo universitetu imeni Tarasa Shevchenka*. Uridichna nauka. № 60-62. S. 64-68 [in Ukrainian].
4. Bityuk P. (2017). Do pitannya pro spivvidnoshennya dobrosovisnosti ta svobody dogovoru. *Pidpriemnistvo, gospodarstvo i pravo*. № 8. S. 65-70 [in Ukrainian].

*M. E. Molchanova*, Candidate of Juridical Sciences  
Sixth Administrative Court of Appeal  
Knyaziv Ostrozkih St., 8, Kyiv, 01010, Ukraine  
e-mail: marina\_molchanova@ukr.net

## THE PRINCIPLE OF FREEDOM OF CONTRACT IN THE CONCLUSION OF A TREATY AT PRIMARY REAL ESTATE MARKET

### Summary

The article establishes a legal framework that regulates the basic principles of action and application of the principle of freedom of contract, in particular, acts of international law and legislation of Ukraine in this field are defined. Doctrinal approaches to the question of the effect of the principle of freedom of contract are analyzed. It has been found that in the classical form, in order to implement the principle of freedom of contract, both parties must have a real practical opportunity to choose the type and type of the agreement, to jointly find out all its essential conditions, to propose certain changes to the counterparty and, upon agreement, to make such changes to the provisions of the agreement.

The problem of regulatory regulation of the limits of the application of the principle of freedom of contract in the field of real estate, when concluding agreements on the primary market, has been studied. The current state of contractual activity in the relevant industry was established and it was found that for a long time such a principle fully de facto operated only for developers and gave them the opportunity to produce and apply many investment attraction schemes by concluding unnamed contracts that contained elements of two at once, and sometimes three or even more types of contracts with different conditions.

At the same time, it is noted that on August 15, 2022, the Verkhovna Rada of Ukraine adopted Law of Ukraine № 2518-IX «On guaranteeing property rights to real estate objects that will be built in the future», which introduced a certain reformation of the principle of freedom of contract in the primary market real estate, characterized by the regulation of clear imperative limits of its application in relevant legal relations.

The relevant provisions of the given legislative act were analyzed, in the context of a stable legal framework, and a conclusion was drawn regarding the relevance and expediency of the introduction by the legislator of the corresponding stricter legal regulation in the field of real estate.

**Keywords:** principle of freedom of contract, investment in real estate, contract on the real estate market.

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2023.49.276030>

УДК:351.746:342.9(477)

*В. О. Фігура*, викладач

Національна академія Державної прикордонної служби України  
Кафедра спеціальних дисциплін факультету правоохоронної діяльності  
вул. Шевченка, 46, Хмельницький, 29003, Україна  
e-mail: nadpsu@i.ua  
ORCID ID: 0000-0001-7329-2890

## УПРОВАДЖЕННЯ СИСТЕМИ API/PNR У СФЕРУ ПРОТИДІЇ ТЕРОРИСТИЧНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Дана стаття присвячена перспективам розгортання та функціонування в Україні системи попередньої інформації про пасажирів (API) та реєстраційних записів пасажирів (PNR). У роботі проаналізовано проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом» та наведено аргументи щодо необхідності його вдосконалення.

Зазначено, що система заходів у сфері протидії терористичній діяльності, у зв'язку з обранням Україною курсу до європейської та євроатлантичної інтеграції, повинна відповідати загальноєвропейським практикам боротьби з тероризмом, у тому числі, міжнародним, а також наявному рівню терористичних загроз. Очевидно, що це пов'язано, насамперед, з розв'язаною війною з боку російської федерації.

У статті наведено аргументи на користь окремих елементів удосконалення антитерористичного законодавства, зокрема, доцільності визначення суб'єктів і підрозділів, які найдоцільніше наділити повноваженнями роботи з системою API/PNR. Також акцентовано увагу на те, що дієвість його застосування прикордонниками під час виконання ними службових обов'язків з охорони державного кордону України може бути підвищена шляхом комплексного використання разом з методикою профайлінгу. Профайлінг широко застосовується за кордоном і вже довів свою високу ефективність.

Отже, одним з головних завдань у сфері протидії терористичній діяльності на державному кордоні України є всебічне посилення спроможностей загальнодержавної системи боротьби з тероризмом шляхом упровадження сучасних інформаційно-аналітичних рішень.

**Ключові слова:** тероризм, інтерв'ювання, API/PNR, профайлінг, оперативно-розшукові підрозділи, прикордонна безпека, антитерористичне законодавство.

**Постановка проблеми.** Необхідність комплексного посилення спроможностей системи боротьби з тероризмом потребує законодавчих, організаційних, та інших змін. Зокрема, перегляду потребує перелік суб'єктів протидії терористичній діяльності, а також необхідність впровадження можливості життя попереджувальних механізмів щодо виявлення терористичних загроз. Одним з таких механізмів є впровадження та функціонування системи API/PNR в Україні, що дозволить завчасно виявляти осіб (пасажирів авіарейсів), які можуть бути членами терористичних організацій або бути причетними до здійснення іншого роду протиправної діяльності на державному кордоні України. В умовах війни запровадження даної системи не є можливим, проте, питанню підготовці до такого за-

провадження, у тому числі, розробці і ухваленню відповідних нормативно-правових актів слід приділити увагу, тим більше це відповідає зобов'язанням, які на себе взяла наша держава.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Впровадження системи API/PNR в Україні останнім часом актуалізовано в дослідженнях таких українських вчених, як В. В. Демчук, Ю. В. Крутік, В. С. Нікіфоренко, А. С. Треус, С. О. Філіпов. Ними переважно розглянуті організаційно-правові аспекти запровадження попередньої інформації про пасажирів (API) і записів реєстрації пасажирів (PNR) з метою протидії правопорушенням у прикордонній сфері. У контексті перспектив впровадження системи, пропонувалися і практичні аспекти забезпечення ефективності її функціонування.

Війна в Україні змістила акценти, актуалізувалося питання посилення оборони у комплексі з антитерористичним захистом. **Метою статті** нами визначено проведення аналізу проекту змін в антитерористичному законодавстві, через оптику впровадження системи API/PNR в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Результати аналізу наукових джерел, змісту «антитерористичних» нормативно-правових актів свідчать про несистемність урегулювання низки питань, важливих для ефективності антитерористичної діяльності. Це твердження повною мірою стосується і «антитерористичного» компоненту діяльності Державної прикордонної служби України. З метою удосконалення системи національної та прикордонної безпеки, 30.08.2021 року між Урядами України та Сполучених Штатів Америки було підписано Угоду «Про співробітництво у використанні інформації про тих, хто подорожує». У подальшому було розроблено законопроект про ратифікацію даної Угоди, який в даний час перебуває на розгляді у Верховній Раді України (№ 0152 від 20.05.2022 р.). Створення даної системи в Україні дозволило б впровадити ефективні превентивні практики з метою недопущення в'їзду осіб, потенційно небезпечних для національної безпеки України, а, також, в цілому підвищити ефективність протидії тероризму і транскордонній злочинності. Досягти цього пропонувалося шляхом упровадження дієвого програмного інструменту автоматичної обробки такої інформації.

Вищезазначена угода шляхом впровадження в Україні системи API/PNR, безпосередньо позитивним чином мала б вплинути на захист національної безпеки, безпеки державних кордонів, підвищення рівня авіаційної безпеки. За допомогою даної системи підрозділи Державної прикордонної служби України мали б отримати додаткові можливості у виявленні осіб, які загрожують національній безпеці держави.

Фактично, функціонування системи API/PNR на початковому етапі планувалося запровадити лише в міжнародних аеропортах України (авіаційних пунктах пропуску), що першочергово було викликано з зростанням пасажиропотоку та потребувало забезпечення досконалішого механізму протидії на державному кордоні правопорушенням.

Саме система попередньої інформації про пасажирів (API) та система реєстрації пасажирів (PNR) являється ефективним та сучасним інструментом боротьби з терористичними та іншими криміногенними загрозами на державному кордоні. Впровадження даної системи в Україні відкриває можливості безпо-

середнього використання сучасного світового досвіду у сфері протидії терористичній діяльності.

Слід зазначити, що на необхідності використання синергетичного потенціалу міжнародного співробітництва у сфері протидії тероризму, завжди загострювали увагу найбільш авторитетні вітчизняні дослідники тероризму.

До прикладу, створена В. Ф. Антипенко модель протидії тероризму передбачає саме такий підхід [1]. На це спрямована і загальна ідеологія, закладена у Закон України «Про боротьбу з тероризмом» від 20 березня 2003 р. № 638-IV [2]. На сьогоднішній день тероризм класифікують за наступними видами: ідеологічний, національний, транспортний, релігійний, кримінальний, ядерний, світоглядний.

Поза сумнівом, захоплення, проголошення на тимчасово окупованих територіях України, так званих «ДНР» та «ЛНР» є особливою формою терористичної діяльності. У подальшому, з метою дієвої боротьби з нею необхідно розробити ефективну систему заходів запобігання, яка, в свою чергу, буде спрямована на ліквідацію умов виникнення даного виду протиправної діяльності, та, з-поміж іншого, передбачатиме широке застосування інформаційно-аналітичних інструментів запобіжної діяльності.

22 жовтня 2015 року у м. Рига Україною було підписано: «Додатковий протокол до Конвенції Ради Європи щодо запобігання тероризму», який націлений на вирішення проблеми так званих іноземних терористів. Даний протокол раніше був підписаний ще сімнадцятьма державами, такими як: Туреччина, Боснія і Герцеговина, Італія, Латвія, Люксембург, Польща, Бельгія, Естонія, Франція, Німеччина, Словенія, Швеція, Великобританія, Іспанія, Швейцарія, Норвегія, Ісландія. В даному документі визначено, яким чином можливо спільно протидіяти іноземним терористам, при цьому неухильно дотримуючись верховенства права та прав людини. Протокол стосується, насамперед, недопущення поширення кола тих осіб, які свідомо приймають участь у терористичному угрупованні, проходять підготовку з метою здійснення терористичних терактів та здійснюють поїздки за кордон з метою вчинення тероризму. Верховною Радою ратифіковано Додатковий протокол [3].

Особливу увагу, в ході нашого дослідження, ми приділили Проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом» (№ 7349 від 05.05.2022 року), який пройшов перше читання [4]. Головним завданням даного законопроєкту являється вдосконалення загальнодержавної боротьби з тероризмом, поліпшення координації та взаємообміну інформації з правоохоронними органами іноземних держав; попереднього виявлення осіб, які є членами або мають відношення до міжнародних терористичних організацій та здійснення своєчасних заходів реагування; забезпечення протидії міжнародному тероризму за допомогою використання бази даних API/PNR, а також міжнародна кооперація з Європолем та Інтерполом. Проєкт передбачає такі шляхи удосконалення боротьби з тероризмом: визначено нові суб'єкти, які будуть протидіяти даному виду протиправної діяльності, окреслено коло їх повноважень, розроблено механізм взаємодії органів місцевого самоврядування із правоохоронними органами та ін. Виходячи з тексту проєкту, його автори усвідомлюють той факт, що впровадження системи API/PNR в Україні до-

зволить не лише ефективно протидіяти терористичній загрозі, а й надасть можливість виявляти потенційних нелегальних мігрантів, міжнародних злочинців, осіб причетних до торгівлі людьми та контрабандної діяльності, а також запобігти багатьом іншим правопорушенням, які носять транснаціональний характер.

Висловлюючи нашу думку щодо законопроекту, зазначимо, що поза сумнівом він є своєчасним та актуальним, але, разом з тим, окремі його аспекти потребують вдосконалення. Зміни, які плануються до внесення в законодавчі акти стосовно надання права суб'єктам, які здійснюють боротьбу з тероризмом, права отримувати та користуватися інформацією про пасажирів, ніяк не узгоджуються з загальнодержавною концепцією впровадження в нашій державі системи обробки попередньої інформації про пасажирів API/PNR (надаються відповідно до Конвенції про міжнародну цивільну авіацію, авіаперевізником). В даній Конвенції визначено, що держава-учасниця забезпечує прийняття відповідних законів з метою створення механізму використання інформації про пасажирів, для зменшення термінів здійснення прикордонного контролю. В більшості держав світу розроблено та прийнято законодавство, яке регулює питання використання системи API/PNR з метою виявлення загроз національній безпеці, безпеці державного кордону та підняття рівня авіаційної безпеки, протидії терористичним загрозам, організованій злочинності та багатьом іншим злочинам транскордонного характеру. Сьогодні в Україні, відповідно до пункту 58 Державної програми авіаційної безпеки цивільної авіації, затвердженої Законом України від 21.03.2017 року № 1965-VIII в якому зазначено, що під час виконання міжнародних рейсів з/до України або транзитних рейсів через аеропорти України авіаперевізник зобов'язаний надавати органу охорони державного кордону, митним органам та головному органу у загальнодержавній системі боротьби з терористичною діяльністю інформацію про пасажирів [5].

На даний час в Україні не існує законодавства, яке б регулювало використання попередніх даних реєстрації особи PNR. Проте, розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24.07.2019 р. № 687-р було схвалено Стратегію інтегрованого управління кордонами до 2025 року. В цій Стратегії зазначено, що Адміністрація Державної прикордонної служби України спільно з іншими органами виконавчої влади повинна розробити Закон України, який буде регулювати наступні питання: в якому форматі і в які терміни авіаперевізник буде надавати попередню інформацію про пасажирів API/PNR, а також яку відповідальність будуть нести авіаперевізники за не подання або не своєчасне подання даної інформації [6]. Отже, в законопроекті № 7349 не врегульовані вищеперераховані питання, також він не містить механізмів захисту персональних даних осіб, відповідно до зобов'язань, які Україна взяла на себе в рамках міжнародних угод та договорів.

Оскільки впровадження бази даних API/PNR планується безпосередньо на державному кордоні України (в авіаційних пунктах пропуску), виникає потреба розширення повноважень з наданням доступу до вищезазначеної бази підрозділам Державної прикордонної служби України. Крім того, необхідне визначення відповідального підрозділу, посадкові особи якого будуть уповноважені працювати з системою API/PNR та взаємодії з іншими правоохоронними органами України. У даному контексті, логічним кроком було б наділити відповідними повно-



важеннями оперативно-розшукові підрозділи Державної прикордонної служби України, оскільки вони мають досвід виявлення осіб, причетних до протиправної діяльності на державному кордоні, здійснюють різного роду заходи протидії даної діяльності, як самостійно, так і у взаємодії з іншими правоохоронними органами. Особливо важливим завданням є забезпечення інтероперабельності баз суб'єктів, уповноважених працювати з API/PNR [7, с. 436].

Крім того, як зазначає С. О. Філіппов, система захисту персональних даних пасажирів має відповідати європейським нормам, прикладом яких зокрема є Загальний регламент щодо захисту даних (GDPR) Європейського Союзу [8, с. 173].

У будь-якому випадку, API/PNR має прогнозовані високі показники ефективності, якщо буде застосовуватися разом з іншими запобіжними інструментами. У цьому контексті, одним з аспектів, на якому пропонуємо зосередити увагу, є залучення оперативно-розшукових підрозділів до проведення інтерв'ювання (опитування) осіб, які перетинають державний кордон України в пунктах пропуску та закріплення цього поняття на законодавчому рівні. Для більш дієвого проведення вищезазначеного заходу можливе і необхідне використання методики профайлінгу, яка має широке застосування за кордоном і вже довела високу ефективність. Правоохоронними органами іноземних держав використовується профайлінг у двох аспектах: в ході виявлення та затримання злочинців, які вчинили будь-якого роду злочини, а, також, з метою недопущення вчинення злочинів.

Як зазначають дослідники Ю. В. Руль і Т. О. Мартинова, на сьогоднішній день існує багато видів профайлінгу, серед них кримінальний та оперативний профайлінг – складання психологічного портрету передбачуваного злочинця, участь у розпізнавальній діяльності та розслідуваннях державних правоохоронних органів і приватних агентств на правах консультанта, ведення переговорів з терористами та потенційними суїцидантами [9, с. 7].

Так, у контексті попередження терористичних та інших протиправних дій «профайлінг» застосовується з метою гарантування безпеки під час авіаперельотів.

**Висновки і пропозиції.** В ході дослідження нами було обґрунтовано необхідність вдосконалення антитерористичного законодавства, шляхом нормативного урегулювання впровадження та функціонування системи попередньої інформації про пасажирів (API) та реєстраційних записів пасажирів (PNR), що дозволить значно посилити протидію терористичній діяльності, а, також, модернізує прикордонний контроль в пунктах пропуску через державний кордон України.

При впровадженні системи обробки та обміну даними записів реєстрації пасажирів для повноцінного її функціонування в Україні необхідно:

- внести зміни в законодавство, де визначити суб'єкта або суб'єктів, які будуть безпосередньо здійснювати роботу з даною системою API/PNR на державному кордоні;
- визначити відповідні повноваження Державної прикордонної служби України; впровадити та закріпити на законодавчому рівні поняття «інтерв'ювання» в поєднанні з поняттям «профайлінг»;
- в системі прикордонної служби, визначити підрозділи, які безпосередньо працюватимуть з вищезазначеною системою (пропонується покласти дані

обов'язки на представників оперативно-розшукових підрозділів Державної прикордонної служби України).

Перспектива впровадження та функціонування системи API/PNR надасть можливість Україні досягти світового рівня забезпечення безпеки авіаційних перевезень, суттєво полегшить прикордонні процедури, дозволить більш ефективно виявляти потенційно небезпечних осіб, скоординує державні органи щодо протидії терористичній діяльності та іншим злочинам, які являють загрозу національній безпеці.

### Список використаної літератури

---

1. Антипенко В. Ф. Тероризм: кримінологічна та кримінально-правова характеристика. Київ, 1999. 61 с.
2. Про боротьбу з тероризмом: Закон України від 20 березня 2003 р. № 638-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/en/638-15?lang=uk#Text>.
3. Про ратифікацію Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму: Закон України від 20 вересня 2022 р. № 2589-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2589-IX#Text>.
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом: Проект Закону України від 05 травня 2022 р. № 7349. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1288565>.
5. Про Державну програму авіаційної безпеки цивільної авіації: Закон України від 21 березня 2017 р. № 1965-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1965-19#Text>.
6. Про схвалення Стратегії інтегрованого управління кордонами на період до 2025 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 24 липня 2019 р. № 687-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/687-2019-%D1%80#Text>.
7. Філіппов С. О. Кримінологічні засади протидії транскордонній злочинності : дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.08 / НАДПСУ; ДДУВС. Хмельницький, 2019. 561 с.
8. Філіппов С. О. Окремі аспекти використання даних про пасажирів (API/PNR) в інтересах прикордонної безпеки. *Правова держава*. 2021. № 43. С. 169-176.
9. Психологія профайлінгу. Навчальний посібник / Ю. В. Руть, Т. О. Мартинова. Київ, 2018. 236 с.

### References

---

1. Antupenko V. F. (1999). Terrorism: criminological and criminal law characteristic. Kyiv. 61 p. [in Ukrainian].
2. On combating Terrorism: Law of Ukraine from 20 of march 2003 № 638-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/en/638-15?lang=uk#Text> [in Ukrainian].
3. On Ratification of the Additional protocol for Council of Europe Convention on the prevention of terrorism: Law of Ukraine from 20 of september 2022 № 2589-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2589-IX#Text> [in Ukrainian].
4. On making changes to some legislative acts of Ukraine about improving the struggle with terrorism: Draft Law of Ukraine from 05 may 2022 №7349. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1288565> [in Ukrainian].
5. About the State program of aviation security of civil aviation: Law of Ukraine from 21 march 2017 № 1965-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1965-19#Text> [in Ukrainian].
6. On approval of the Strategy of Integrated Border Management for the period until 2025: order of the Ukrainian Cabinet of Ministers from 24 july 2019 № 687-p. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/687-2019-%D1%80#Text> [in Ukrainian].
7. Filippov S. O. (2019). Kryminolohichni zasady protydyi transkordonniiy zlochynnosti : dys. ... dokt. yuryd. nauk: spets. 12.00.08 / NADPSU; DDUVS. Khmel'nyts'kyi. 561 s. [in Ukrainian].

8. Filippov S. O. (2021). Some aspects of using passenger data (API/PNR) in support of border security. *Constitutional State*. № 43. P. 169-176. [in Ukrainian].
9. Psychology of profiling. Tutorial. Yu. V. Rul, T. O. Martunova. Kyiv, 2008. 236 p. [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

*V. O. Fihura*, Lecturer

National Academy of the State Border Service of Ukraine  
the Departments of Special Disciplines of the Faculty of Law Enforcement  
St. Shevchenko, 46, Khmelnytskyi, 29003, Ukraine

e-mail: nadpsu@i.ua

ORCID ID: 0000-0001-7329-2890

## IMPLEMENTATION OF THE API/PNR SYSTEM IN THE SPHERE OF COUNTERING TERRORIST ACTIVITY

### Summary

This article is devoted to the future deployment and functioning of the advance passenger information (API) and passenger registration records (PNR) system in Ukraine. In addition, the draft law of Ukraine «On amendments to certain legislative acts of Ukraine regarding the improvement of combating terrorism» has been analyzed and arguments as to why this particular draft law needs to be revised have been grounded. It has been suggested that in today's conditions, the system of measures of anti-terrorist activity, in connection with Ukraine's choice towards the European community and direct European integration, should correspond to the level of terrorist threat that exists in the state, which is primarily related to the development of war declared by the Russian Federation. The urgency of improving the anti-terrorist legislation, and the expediency of determining the entities and units that will work directly with this system have been grounded in the article. In addition, the concept of «interviewing» has been described. Also, it has been emphasized that in order to use it more effectively, there is a need to use the technique of «profiling» by border guards while performing their official duties for the protection of the state border of Ukraine. It has been noted that the above-mentioned event is widely used abroad and has already proven to be highly effective. Therefore, one of the main tasks of combating terrorist activities on the state border of Ukraine is comprehensive capabilities strengthening of the national system of combating terrorism.

The need to comprehensively strengthen the capabilities of the system of combating terrorism requires legislative, organizational, and other changes. In particular, the list of counter-terrorist activities needs to be revised, as well as the need to implement the possibility of using warning mechanisms to identify terrorist threats. One of these mechanisms is the implementation and functioning of the API/PNR system in Ukraine, which will allow early identification of persons (airline passengers) who may be members of terrorist organizations or be involved in other types of illegal activities at the state border of Ukraine. In the conditions of war, the introduction of this system is not possible, however, attention should be paid to the issue of preparation for such introduction, including the development and adoption of relevant normative legal acts, even more so in accordance with the obligations that our state has assumed.

**Keywords:** terrorism, interviewing, API/PNR, profiling, operational and search, border security, anti-terrorist legislation.

**ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО**

---

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2023.49.276045>

УДК 340.132.6: 347.9 (477)

*Л. М. Токарчук*, декан економіко-правового факультету,  
докт. юрид. наук, доцент, Заслужений юрист України  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра цивільно-правових дисциплін  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: zilkovska@ukr.net  
ORCID ID: 0000-0002-2202-5300

**ДО ПИТАНЬ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ ЗАКОНУ  
В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ**

Статтю присвячено застосуванню аналогії закону в цивільному судочинстві України. З'ясовано, що незважаючи на відсутність законодавчого закріплення процесуальної аналогії в ЦПК України, її застосування узгоджується з правовим висновком Великої Палати Верховного Суду, тому є правомірним. Суд касаційної інстанції вже сформував практику застосування процесуальної аналогії, зокрема в питаннях судового контролю за виконанням судових рішень та відновлення втраченого провадження. Проведено аналіз потенційних випадків необхідності застосування аналогії закону в ЦПК України, та сформульовано рекомендації щодо застосування певних цивільних процесуальних норм за аналогією закону.

Розмежовано підстави для застосування аналогії закону і субсидіарного застосування правових норм; встановлено, що в разі, якщо законом передбачено субсидіарне застосування (наприклад, норм щодо спрощеного позовного провадження – до процедури апеляційного провадження), то воно має пріоритет перед аналогією закону. Обґрунтовано, що в тих випадках, коли можливе застосування системного тлумачення норм права, прогалини немає, і застосування аналогії в такому разі неможливе.

Доведено винятковий характер застосування за аналогією норм інших галузей процесуального права – лише в разі неможливості застосування за аналогією норм, які регулюють цивільне судочинство. Так, доцільно застосовувати норму ч. 3 ст. 415 КПК України щодо обов'язковості висновків суду апеляційної інстанції після скасування вироку в частині цивільного позову та призначення нового розгляду цивільного позову в порядку ЦПК України. Разом з тим, застосування норм з інших процесуальних галузей не повинно привносити в цивільне судочинство ті інститути, засади і процедури, що не є характерними для нього.

Встановлено, що неможливим є розширення кола процесуальних обов'язків учасників справ та розширення переліку підстав для застосування заходів процесуально-го примусу у спосіб застосування аналогії закону.

Обґрунтовано потребу реагування законодавчої влади на прогалини в цивільному процесуальному праві, які виявляються правозастосовчою практикою; доведено необхідність закріплення в тексті ЦПК України процесуальної аналогії, а також підстав та меж її застосування.

**Ключові слова:** аналогія закону, аналогія права, процесуальна аналогія, субсидіарне застосування правових норм, судова практика застосування аналогії у цивільному процесі.

**Постановка проблеми.** Цивільні процесуальні (як і будь-які) правовідносини є динамічними та перебувають у постійному розвитку, як наслідок, законодавство не може передбачити абсолютно всі ситуації, які можуть виникнути в цивільному судочинстві. Оскільки відмова в розгляді справи з посиланням на відсутність чи неповноту правової норми є неправомірною та порушує право на доступ до правосуддя, для подолання прогалин у праві застосовується аналогія (аналогія закону та аналогія права). Відсутність закріплення в ЦПК України саме процесуальної аналогії створює численні наукові дискусії та відображається на правозастосуванні. Не повною мірою з'ясованими залишаються питання щодо можливості, а також підстав та меж для застосування процесуальної аналогії (зокрема її найбільш розповсюдженого виду – аналогії закону); випадків, коли її застосування не допускається; її співвідношення з суміжними поняттями. Брак законодавчого регулювання цих питань поряд зі стрімкою еволюцією судової практики, створює широке поле для досліджень у цій сфері, результати яких є потрібними для суб'єктів нормотворчості та правозастосування.

**Метою цієї статті** є з'ясування правомірності використання аналогії закону в цивільному судочинстві; надання рекомендацій щодо застосування за аналогією цивільних процесуальних норм в окремих типових випадках; розмежування підстав для застосування аналогії закону і субсидіарного застосування правових норм та їхнього системного тлумачення; визначення можливості і підстав застосування за аналогією норм інших процесуальних галузей; встановлення меж застосування аналогії закону в цивільному судочинстві; формулювання пропозицій щодо внесення змін в процесуальне законодавство з питань аналогії закону.

Зауважимо, що в цій статті досліджується саме застосування аналогії норм процесуального права, і не охоплюються питання застосування за аналогією норм матеріального права при розгляді цивільних справ.

**Виклад основного матеріалу.** Аналогією закону називають поширення в процесі правозастосування на конкретні не врегульовані правом життєві відносини чинності норм, які регулюють відносини, подібні тим, що потребують урегулювання в рамках даної галузі права за найсуттєвішими ознаками [1, с. 417]; застосування до не врегульованих у конкретній нормі відносин тієї норми закону, що регулює подібні відносини [2, с. 107].

Цивільне процесуальне законодавство містить лише положення про застосування норм матеріального права за аналогією при вирішенні цивільних справ (ч. 9 ст. 10 ЦПК України), а норми щодо процесуальної аналогії в ЦПК України відсутні. Окремі науковці, зокрема Т. Карнаух, вважають, що законодавець спеціально не передбачив такий інститут, тому що «із закріпленням процесуальної аналогії у суддів виникла б легальна основа для виходу за межі поведінки, чітко закріпленої для них у процесуальному законодавстві» [3, с. 107]. З даними твердженнями важко погодитися, оскільки аналогія призначена для заповнення прогалин, а не для обходу чи невиконання чинних правових норм; про-

те безпідставне застосування аналогії там, де вона не може бути застосована, дійсно породжує порушення законодавчо закріплених меж повноважень суду.

Втім, відсутність закріпленої в ЦПК України норми про процесуальну аналогію не означає, що аналогія закону в цивільному процесуальному праві не застосовується. Усталена практика Верховного Суду дає ствердну відповідь на питання, чи застосовується аналогія закону в цивільному судочинстві. Так, Велика Палата Верховного Суду в Постанові від 08.06.2022 р. у справі № 2-591/11 нагадала, що інститут аналогії закону і аналогії права первісно був доктринально обґрунтований і застосовувався судами задовго до часткового відображення цього інституту в законодавстві. Необхідність інституту аналогії (аналогії закону та аналогії права), – вказує Велика Палата, – впливає з того, що закон призначений для його застосування в невизначеному майбутньому, але законодавець, встановлюючи регулювання, не може охопити всі життєві ситуації, які можуть виникнути. Крім того, життя перебуває у постійному русі, змінюється і розвивається, внаслідок чого виникають нові життєві ситуації, які законодавець не міг передбачити під час ухвалення закону. З цих міркувань Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку про те, що відсутність у процесуальних кодексах положень про процесуальну аналогію не є перешкодою для застосування такої аналогії [4].

Цей правовий висновок є обов'язковим для застосування всіма судами України, тому питання про те, чи можливе застосування аналогії в цивільному судочинстві, можна було б вважати закритим, що, на перший погляд виключає нагальну потребу в закріпленні інституту процесуальної аналогії на законодавчому рівні. Однак, існує також окрема думка чотирьох суддів Великої Палати Верховного Суду, автори якої вказують на те, що: аналогію закон дозволяє застосувати лише щодо норм матеріального права; навіть у разі застосування аналогії, слід обов'язково в процесуальному акті обґрунтувати такі дії і це можливо, якщо дійсно існує прогалина в процесуальному праві, а не її видимість; недопустимо пристосування правової норми до аналогічних правовідносин шляхом деякого іншого її тлумачення, так як застосування аналогії закону здійснюється не за допомогою тлумачення норми права, а шляхом переносу норми, яка застосовується, у площину інших правовідносин [5].

Оскільки питання доцільності застосування процесуальної аналогії досі викликає дискусію, процесуальна аналогія в різних формах судочинства є до теперішнього часу об'єктом ретельного вивчення науковців. Зокрема, О. Калашник визначила функції процесуальної аналогії, до яких віднесла, в тому числі: регулювання цивільних процесуальних відносин, які повністю чи частково не врегульовані нормами права; гарантування кожного права на судовий розгляд справи; розвиток права шляхом застосування за аналогією права чи закону норм або принципів права до цивільних процесуальних відносин, не врегульованих у законі [6, с. 339]. В. Соколов, аналізуючи процесуальну аналогію, приходять до висновку про наявність її двох видів – міжгалузевої (застосування норм з іншого процесуального кодексу) та внутрішньої (застосування норм, що регулюють провадження в іншій інстанції) [7, с. 38]. С. Дяченко та В. Онофрей зазначають про неприпустимість перетворення правозастосовчої діяльності у нормотворчість при використанні аналогії, та вказують на необхідність застосування аналогії судом «лише за умови дотримання певних процедур, які мають бути встановлені на



законодавчому рівні» [8, с. 204]. Поряд з цим, дослідники визнають необхідність подальшого глибокого наукового аналізу інституту процесуальної аналогії.

Окрім вже наведеної вище постанови Великої Палати Верховного Суду, процесуальна аналогія в цивільному судочинстві вже була застосована Верховним Судом, зокрема, в питаннях:

- застосування положень ч. 3 ст. 142 ЦПК України (щодо присудження на користь позивача судових витрат, якщо він відмовився від позову внаслідок задоволення їх відповідачем після пред'явлення позову) – до аналогічної ситуації з оскарженням бездіяльності приватного виконавця, якщо скаржник відмовився від скарги внаслідок усунення виконавцем бездіяльності після звернення сторони зі скаргою (постанова від 21.12.2022 р. у справі № 643/1343/17);

- застосування норми п. 5 ч. 1 ст. 257 ЦПК України (щодо обов'язку суду залишити позов без розгляду в разі надходження заяви позивача про залишення позову без розгляду) – до випадків подання стороною виконавчого провадження заяви про залишення без розгляду скарги на бездіяльність державного виконавця (постанова від 21.12.2022 р. у справі № 308/5733/21);

- застосування приписів ч. 4 ст. 494 ЦПК України (щодо закриття касаційного провадження у справі, провадження в якій втрачено, в разі відмови у відновленні втраченого провадження) – до випадків, коли аналогічна ситуація виникає в суді апеляційної інстанції (постанова від 01.07.2020 р. у справі № 435/12946/13-ц).

Разом з тим, висока кількість потенційних випадків, коли було б доцільне застосовувати аналогію закону, ще не були предметом розгляду в суді касаційної інстанції, тому питання переліку типових ситуацій, в яких неможливо обійтися без застосування аналогії закону, залишається відкритим для наукового опрацювання.

Наприклад, недостатньо врегульованою в ЦПК України є ситуація, коли позовна заява подана без додержання вимог ст. ст. 175, 177 ЦПК України, однак це було виявлено вже після відкриття провадження у справі. Зі змісту норми п. 8 ч. 1 ст. 257 ЦПК України вбачається, що суд має залишити такий позов без розгляду, однак за умови, що позивач не усуне недоліків «у встановлений судом строк». Проте, ця норма не конкретизує, в який спосіб суд має встановити цей строк, та яку ухвалу при цьому суд має постановити, яким має бути максимальний строк усунення недоліків, а також яким має бути подальший рух справи (відкладення її розгляду, оголошення перерви, зупинення провадження у справі тощо). На практиці, суди інколи вирішують це питання протокольною ухвалою, а інколи – викладають ухвалу у формі окремого документа. На наш погляд, має місце прогалина, яку слід заповнювати шляхом застосування за аналогією норми ч. 1, 2 ст. 185 ЦПК України, яка врегульовує ті ж правовідносини на стадії відкриття провадження у справі. Отже, у випадках виявлення недоліків позовної заяви після відкриття провадження, вбачається, суду необхідно постановляти ухвалу про залишення позовної заяви без руху, виклавши її у формі єдиного документа, в якому встановити строк усунення недоліків не більший 10 днів з дня вручення ухвали; після цього подальший рух справи до моменту усунення недоліків або до спливу цього строку – неможливий; у разі своєчасного усунення недоліків, суду слід призначити справу до розгляду, визначивши дату нового судового (чи підготовчого) засідання, якщо справа розглядається з повідомленням учасників справи.

Процесуальне законодавство не дає також відповіді на питання щодо порядку дій суду в разі, якщо після скасування ухвали про повернення позовної заяви, при вирішенні питання про відкриття провадження у справі, буде встановлено, що матеріали позовної заяви вже були фактично повернуті позивачеві. Адже відсутність в суді матеріалів позовної заяви унеможлиблює вирішення питання про відкриття провадження, але при цьому така відсутність не може вважатися «недоліком позовної заяви», адже вона виникла не внаслідок помилки позивача, а саме внаслідок неправомірного повернення позовної заяви позивачеві. Але, на нашу думку, в цій ситуації також слід за аналогією застосовувати норми ч. 1, 2 ст. 185 ЦПК України, оскільки іншого способу забезпечити отримання судом раніше повернутих позивачеві документів, окрім як залишення позовної заяви без руху, не існує.

Зміст § 1 «Заяви по суті справи» Глави 1, а також Глави 3 Розділу III ЦПК України дозволяє дійти висновку, що не для всіх заяв по суті справи процесуальним законом встановлені конкретні вимоги. Так, у ч. 4 ст. 181 ЦПК України побіжно згадується такий документ, як «відповідь на пояснення третьої особи», в ч. 5 ст. 174 ЦПК України – «додаткові пояснення щодо окремого питання»; а в ч. 2, 3 ст. 199 ЦПК України – «письмові пояснення інших учасників справи щодо відповіді на відзив та заперечення» і «пояснення та заперечення з приводу заяви про визнання недійсним повністю чи у певній частині пов'язаного з предметом спору правочину», однак вимог до таких документів ЦПК України не містить, як не містить і загальних вимог до заяв по суті справи. Однак, будь-який процесуальний документ повинен містити обов'язкові реквізити, характерні для конкретного виду документів. Отже, існує прогалина, яку слід, на нашу думку, заповнювати шляхом застосування за аналогією правил частин третьої – п'ятої статті 178 ЦПК України (щодо вимог до відзиву на позовну заяву), адже саме ці правила законодавець вже застосував до таких документів, як відповідь на відзив, заперечення, а також пояснення третьої особи щодо позову або відзиву.

Аналогію закону слід відрізнити від субсидіарного застосування правових норм. Наприклад, норма ч. 1 ст. 368 ЦПК України прямо передбачає застосування під час апеляційного провадження правил, встановлених для розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження. Це означає, що такі правила слід застосовувати у разі, якщо Главою «Апеляційне провадження» не визначено інших правил. В такому разі норми про спрощене позовне провадження застосовуються не на підставі аналогії, а в силу прямих приписів закону, що виключає дискусію стосовно пошуку «аналогічних положень».

Наприклад, зміст положень ЦПК України про апеляційне провадження не передбачає такого поняття, як зупинення апеляційного провадження, хоча всі випадки, описані в статтях 251 і 252 ЦПК України, можуть настати і під час апеляційного провадження. Наприклад, учасник справи може померти під час апеляційного провадження, в той час як спірні правовідносини допускають правонаступництво. В такому випадку, на підставі положень ч. 1 ст. 368 ЦПК України, апеляційному суду слід субсидіарно застосовувати норми про позовне провадження, і одночасно, враховуючи особливості глави «Апеляційне провадження», зупиняти (до визначення правонаступника) не провадження у справі, а апеляційне провадження. Так само, на стадії апеляційного провадження, на

наш погляд, учасники справи мають право подавати такі документи, як відповідь на відзив на апеляційну скаргу, а також заперечення на відповідь на відзив на апеляційну скаргу, і при цьому така можливість є не завдяки аналогії закону, а саме у зв'язку з субсидіарним застосуванням норм позовного провадження. Вбачається доцільним перейняття досвіду апеляційних господарських судів, які при відкритті апеляційного провадження сформували усталену практику встановлення учасникам справи строків для подання таких документів, як відповідь на відзив і заперечення.

Загальновідомо, що відсутність прогалини у праві виключає можливість застосування аналогії. Тож перед застосуванням аналогії, суду слід переконатися у наявності прогалини. В разі, якщо зміст правової норми неповно врегульовує правовідносини, необхідно перевірити, чи можливим є розкриття змісту регулювання правовідносин за допомогою системного тлумачення правових норм. До прикладу можна навести постанову Верховного Суду від 14.12.2022 р. у справі № 637/909/21, в якій суд касаційної інстанції застосував розширене тлумачення норми ч. 2 ст. 299 ЦПК України, яка встановлює правило про звільнення від сплати «судових витрат, пов'язаних з провадженням справи про визнання фізичної особи недієздатною». Взятий у лапки термін, на перший погляд, залишає неврегульованим питання, чи входить до таких витрат судовий збір (з огляду на зміст ч. 1 ст. 133 ЦПК України), однак Верховний Суд провів розмежування термінів «судові витрати» і «витрати, пов'язані з розглядом справи», і оскільки перший з термінів є ширшим і саме він згаданий у ч. 2 ст. 299 ЦПК України, то, як виявилось, прогалини в праві немає, і за допомогою системного тлумачення норм ч. 2 ст. 299 і ч. 1 ст. 133 ЦПК України Верховний Суд дійшов висновку, що судовий збір входить до переліку витрат, згаданих у ч. 2 ст. 299 ЦПК України. Таким чином, в тих випадках, коли можливе застосування системного тлумачення, це свідчить про відсутність прогалини, і застосування аналогії, в такому випадку, не допускається.

Як вже зазначалося науковцями, застосування аналогії закону не є нормотворчою діяльністю. З цієї причини аналогія, як правило, не може бути використана в тих випадках, коли норма права містить вичерпний перелік будь-чого (наприклад, перелік ухвал, які можуть бути оскаржені окремо від рішення суду першої інстанції, чи перелік судових рішень, які підлягають касаційному оскарженню). Встановлення вичерпного переліку означає, що законодавець свідомо обмежив цей перелік і не допускає включення до нього інших елементів, що означає відсутність прогалини. На наш погляд, саме так слід тлумачити, наприклад, норму ч. 6 ст. 272 ЦПК України, яка передбачає перелік обставин, які визначають день вручення судового рішення, і не включає в нього надходження рішення на електронну пошту (а лише на офіційну електронну адресу, тобто в Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі).

Разом з тим, не завжди наведений в законі вичерпний перелік – означає абсолютну неможливість застосування аналогії закону, адже в цивільному процесі можуть виникнути ситуації, які вимагають від суду певних дій, однак алгоритму дій суду саме в цьому випадку норми ЦПК України не містять. Наприклад, надходження апеляційної скарги вимагає від апеляційного суду вирішити питання про відкриття апеляційного провадження. Разом з тим, якщо апелянт оскаржує

судове рішення, яке судом не ухвалювалося (причини таких дій можуть бути різними, від добросовісної помилки до зловживання правами), то відкриття апеляційного провадження є неможливим. Однак перелік підстав повернення апеляційної скарги та відмови у відкритті апеляційного провадження не містить такої підстави, як подання скарги на судове рішення, яке не ухвалювалося, що позбавляє суд можливості обрати будь-який варіант поведінки із наведених у законі. І в цьому разі, незважаючи на вичерпний перелік підстав повернення та відмови у відкритті, не залишається іншого варіанту, окрім застосування за аналогією закону п. 1 ч. 1 ст. 358 ЦПК України, і хоча в ньому йдеться про «судове рішення, що не підлягає апеляційному оскарженню» (тобто про існуюче судове рішення), але саме цей пункт врегульовує найбільш подібні правовідносини.

Широкий простір для використання аналогії закону передбачають ті судові процедури, які мають вкрай стисле нормативне регулювання. До таких процедур належить судовий контроль за виконанням судових рішень, який врегульовано найбільш коротким розділом ЦПК України – Розділом VII. Вказаний розділ не містить положень про субсидіарне застосування норм про позовне провадження, таким чином, ці норми можуть бути застосовані лише в порядку аналогії закону. Наприклад, Розділом VII ЦПК України не врегульовані дії суду в разі, якщо учасник виконавчого провадження оскаржив до суду бездіяльність виконавця, але той, до закінчення розгляду скарги, усунув цю бездіяльність, тобто вчинив ту дію, яку вимагалось вчинити згідно з законодавством, і при цьому скаржник не відмовляється від скарги. Вбачається, що в такому разі доцільно за аналогією закону застосовувати норму п. 2 ч. 1 ст. 255 ЦПК України, яка врегульовує схожі правовідносини у позовному провадженні та передбачає закриття провадження у справі у випадку відсутності предмета спору. Отже, якщо після подання скарги на бездіяльність виконавця, останній усунув вчинену ним бездіяльність, і скаржник при цьому не відмовляється від скарги, то провадження за скаргою підлягає закриттю у зв'язку з відсутністю предмета спору.

Окремі ситуації вимагають застосування за аналогією норм з інших процесуальних кодексів, з огляду на відсутність таких в ЦПК України та неврегульованість процесуальних правовідносин. В якості прикладу наведемо наступне. Доволі часто трапляються випадки, коли за наслідками апеляційного перегляду справ кримінального провадження, суди апеляційної інстанції скасовують вироки в частині цивільних позовів, і призначають новий розгляд цивільних позовів в судах першої інстанції за правилами ЦПК України. Після надходження на новий розгляд, такому цивільному позову присвоюється новий єдиний унікальний номер, і справа передається у провадження нового судді саме як цивільна. При розгляді цієї справи постає питання, чи є обов'язковими вказівки суду апеляційної інстанції, який призначив новий розгляд, для суду першої інстанції. Норма ч. 3 ст. 415 КПК України дає ствердну відповідь на це питання, однак новий розгляд відбувається саме за правилами ЦПК України, а він, в свою чергу, не врегульовує жодних питань нового розгляду справи після скасування судового рішення судом апеляційної інстанції, адже за правилами ЦПК України апеляційна інстанція позбавлена таких повноважень з 2010 року, тож такий новий розгляд є для цивільних справ винятком із правила. Отже, вирішуючи питання про те, чи є вказівки апеляційного суду в кримінальному

провадженні, який передав цивільний позов на новий розгляд до суду першої інстанції за правилами цивільного судочинства, обов'язковими для суду першої інстанції, доцільно за аналогією закону застосовувати норму ч. 3 ст. 415 КПК України щодо обов'язковості таких вказівок.

Водночас, застосування за аналогією норм інших процесуальних галузей права має бути винятковим, та здійснюватися лише за сукупності таких умов: 1) існує прогалина в правовому регулюванні конкретного аспекту цивільних процесуальних правовідносин; 2) така прогалина не може бути заповнена шляхом застосування норм, що регулюють цивільне судочинство. Протилежний підхід призведе до ігнорування засадничих відмінностей між процесуальними галузями. Відсутність в цивільному судочинстві певних інститутів, засад і процедур, характерних для інших видів судочинства, не означає наявності прогалини. Так, в цивільному судочинстві не може бути за аналогією застосовано принцип офіційного з'ясування обставин справи (закріплений в КАС України), адже збирання судом доказів з власної ініціативи в цивільному судочинстві, як правило, не допускається (ч. 2 ст. 13 ЦПК України). Так само, в цивільному судочинстві не допускається заміна неналежного позивача, адже правова конструкція ст. 51 ЦПК України передбачає можливість лише заміни неналежного відповідача, що вбачається навіть із назви статті, яка протилежна назві відповідній статті 48 КАС України – «заміна неналежної сторони».

Небезпечним (з точки зору правової визначеності і верховенства права) є застосування аналогії закону щодо норм, які врегульовують процесуальні обов'язки учасників справ, а також підстави для застосування заходів процесуального примусу, адже таке застосування суперечить ч. 1 ст. 19 Конституції України, тобто акту прямої дії, яка забороняє примушувати будь-кого робити те, що не передбачено законодавством. Загальнодозвільний тип правового регулювання, який поширюється, в тому числі, й на учасників цивільних справ, виключає можливість «розширення» переліку їхніх процесуальних обов'язків з міркувань аналогії закону. Проте, на жаль, існують випадки невиправданого застосування аналогії в питаннях процесуальних обов'язків учасників справ. Так, окремі суди в ухвалях про відкриття провадження зобов'язують учасників справи, які подають до суду будь-які документи, надсилати копії таких документів іншим учасникам справи. В той же час, ЦПК України вичерпно визначає перелік тих документів, які слід надсилати іншим учасникам справи: це документи, подані в електронній формі (ч. 7 ст. 43 і абз. 2 ч. 1 ст. 177 ЦПК України), заяви про зміну предмету або підстав позову, про збільшення чи зменшення розміру позовних вимог (ч. 5 ст. 49 ЦПК України), докази окрім речових (ч. 9 ст. 83 ЦПК України), заява свідка в порядку опитування учасника справи (ч. 3 ст. 93 ЦПК України), відзив (п. 2 ч. 5 ст. 178, п. 2 ч. 1 ст. 191 ЦПК України), відповідь на відзив (ч. 3 ст. 179 ЦПК України), заперечення (ч. 3 ст. 180 ЦПК України), пояснення третьої особи щодо позову або відзиву (ч. 3 ст. 181 ЦПК України), заява про участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду (ч. 2 ст. 212 ЦПК України), відзив на апеляційну чи касаційну скаргу (ч. 4 ст. 360, ч. 4 ст. 395 ЦПК України), заява про приєднання до апеляційної чи касаційної скарги (ч. 3 ст. 363, ч. 3 ст. 397 ЦПК України), доповнення чи зміни до апеляційної чи касаційної скарги (ч. 2 ст. 364, ч. 2 ст. 398 ЦПК України), а також заява, скарга,



клопотання чи заперечення, яке подається на стадії виконання судового рішення (ч. 2 ст. 183 ЦПК України). Таким чином, якщо учасник справи звертається до суду із заявою з процесуального питання, наприклад, про призначення експертизи чи про виклик свідка (у паперовій формі, без нових доказів та не на стадії виконання судового рішення), у суду немає повноважень зобов'язувати такого учасника надсилати копії цієї заяви іншим учасникам справи, а тим паче застосовувати заходи процесуального примусу за таке ненадсилання.

Застосування аналогії закону в цивільному судочинстві є корисним, але повинно слугувати лише тимчасовим заповненням прогалини до моменту її законодавчого врегулювання. Зростання кількості випадків застосування процесуальної аналогії несе в собі загрози неоднакового застосування норм процесуального права судами, що не сприяє правовій визначеності. Тому поява випадків застосування процесуальних норм за аналогією повинна бути сигналом для законодавчого органу, який має своєчасно реагувати на виявлення прогалин, заповнюючи їх чіткими та недвозначними правовими приписами. Приклади, описані в цій статті та засновані на судовій практиці, також потребують нормотворчого заповнення прогалин. Більш того, з огляду на реалії правозастосування, слід погодитися з думкою багатьох вчених про те, що в ЦПК України повинно бути унормоване застосування процесуальної аналогії. Разом з тим, при такому унормуванні мають бути запроваджені запобіжники від невиправданого застосування аналогії, зокрема шляхом:

- заборони застосування аналогії в разі відсутності прогалини, зокрема, якщо зміст правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин можливо розкрити за допомогою системного тлумачення правових норм або їхнього субсидіарного застосування, якщо таке передбачено нормою ЦПК України;
- недопущення застосування аналогії щодо питань процесуальних обов'язків учасників справ, їхньої відповідальності та заходів процесуального примусу;
- можливості застосування за аналогією норм, що врегульовують інші форми судочинства, як виняток – лише в разі відсутності аналогічних норм в ЦПК України та за умови, що таке застосування не стосується інститутів, засад і процедур, не характерних для цивільного судочинства.

**Висновки і пропозиції.** З'ясовано, що незважаючи на відсутність законодавчого закріплення процесуальної аналогії в ЦПК України, її застосування узгоджується з правовим висновком Великої Палати Верховного Суду, тому є правомірним. Суд касаційної інстанції вже сформував практику застосування процесуальної аналогії, зокрема в питаннях судового контролю за виконанням судових рішень та відновлення втраченого провадження.

Проведено аналіз потенційних випадків необхідності застосування аналогії закону в ЦПК України, за наслідками якого рекомендується застосовувати за аналогією закону наступні норми:

- ч. 1, 2 ст. 185 ЦПК України – до ситуацій, коли позовна заява подана без додержання вимог ст. ст. 175, 177 ЦПК України, однак це було виявлено вже після відкриття провадження у справі, а також до ситуацій, коли після скасування ухвали про повернення позовної заяви, при вирішенні питання про відкриття



провадження у справі, буде виявлено, що матеріали позовної заяви вже були фактично повернуті позивачеві;

– ч. 3-5 ст. 178 ЦПК України (щодо вимог до відзиву) – до тих заяв по суті справи, які передбачені ЦПК України, однак для яких жодних вимог не встановлено – до таких документів, як «відповідь на пояснення третьої особи», «додаткові пояснення щодо окремого питання», «письмові пояснення інших учасників справи щодо відповіді на відзив та заперечення» і «пояснення та заперечення з приводу заяви про визнання недійсним повністю чи у певній частині пов'язаного з предметом спору правочину»;

– п. 1 ч. 1 ст. 358 ЦПК України – до випадків подання апеляційної скарги на судові рішення, яке не ухвалювалося;

– п. 2 ч. 1 ст. 255 ЦПК України – до ситуацій, коли після подання скарги на бездіяльність виконавця, він самостійно усунув допущену бездіяльність до закінчення розгляду скарги, якщо при цьому скаржник не відмовляється від скарги.

Розмежовано підстави для застосування аналогії закону і субсидіарного застосування правових норм; встановлено, що у разі, якщо законом передбачено субсидіарне застосування (наприклад, норм щодо спрощеного позовного провадження – до процедури апеляційного провадження), то воно має пріоритет перед аналогією закону. Обґрунтовано, що в тих випадках, коли можливе застосування системного тлумачення норм права, прогалини немає, і застосування аналогії в такому випадку неможливе.

Доведено винятковий характер застосування за аналогією норм інших галузей процесуального права – лише в разі неможливості застосування за аналогією норм, які регулюють цивільне судочинство. Так, доцільно застосовувати норму ч. 3 ст. 415 КПК України щодо обов'язковості висновків суду апеляційної інстанції після скасування вироку в частині цивільного позову та призначення нового розгляду цивільного позову в порядку ЦПК України. Разом з тим, застосування норм з інших процесуальних галузей не повинно привносити в цивільне судочинство ті інститути, засади і процедури, що не є характерними для нього.

Встановлено, що неможливим є розширення кола процесуальних обов'язків учасників справ та розширення переліку підстав для застосування заходів процесуального примусу у спосіб застосування аналогії закону.

Обґрунтовано потребу реагування законодавчої влади на прогалини у цивільному процесуальному праві, які виявляються правозастосовчою практикою. Вказано на необхідність закріплення в тексті ЦПК України процесуальної аналогії, а також підстав та меж її застосування.

### **Список використаної літератури**

1. Загальна теорія держави і права: підручник / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д.ю.н., проф. М. В. Цвіка, д.ю.н., проф. О. В. Петришина. Харків. Право, 2009. 584 с.
2. Забарний М. М. Аналогія закону та аналогія права як способи усунення прогалин у кримінальному процесуальному праві. *Актуальні питання вітчизняної юриспруденції*. 2016. № 5. С. 106-110.
3. Карнаух Т. М. Проблеми застосування правової аналогії у цивільному судочинстві України. *Наукові записки. Том 3. Юридичні науки*. 2010. С. 106-108.

4. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 8 червня 2022 року у справі № 2-591/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105110382>. (Дата звернення: 20.01.2023).
5. Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду Ткачука О. С., Британчука В. В., Грицива М. І., Прокопенка О. Б. на постанову Верховного Суду від 8 червня 2022 року у справі № 2-591/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105012108>. (Дата звернення: 21.01.2023).
6. Калашник О. Аналогія як спосіб подолання прогалів в цивільному судочинстві. *Юридичний вісник*. 2014. № 6. С. 334-341.
7. Соколов В. М. Застосування процесуальної аналогії при здійсненні цивільного судочинства. *Правовий вісник Української академії банківської справи. Адміністративне та фінансове право*. 2012. № 2 (7). С. 37-41.
8. Дяченко С. В., Онофрей В. С. Застосування аналогії закону та аналогії права у господарському процесі. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 4. С. 201-204.

## References

1. General theory of the state and law: textbook / M. V. Tsvik, O. V. Petryshyn, L.V. Avramenko and others; under the editorship Doctor of Law, Prof. M. V. Tsvika, Doctor of Law, Prof. O. V. Petryshyn. Kharkiv. Law, 2009. 584 p. [in Ukrainian].
2. Zabarnyi M. M. (2016). Analogy of law and analogy of law as ways to eliminate gaps in criminal procedural law. *Current issues of domestic jurisprudence*. № 5. P. 106-110. [in Ukrainian].
3. Karnauch T. M. (2010). Problems of applying legal analogy in the civil justice of Ukraine. *Proceedings. Volume 3. Legal sciences*. P. 106-108. [in Ukrainian].
4. Resolution of the Grand Chamber of the Supreme Court of June 8, 2022 in case № 2-591/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105110382>. Date of application: 20.01.2023. [in Ukrainian].
5. Separate opinion of judges of the Grand Chamber of the Supreme Court O. S. Tkachuk, V. V. Britanchuk, M. I. Hrytsiva, O. B. Prokopenko on the decision of the Supreme Court of June 8, 2022 in case № 2-591/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105012108>. Date of application: 21.01.2023. [in Ukrainian].
6. Kalashnyk O. (2014). Analogy as a way to overcome gaps in civil justice. *Legal Bulletin*. № 6. P. 334-341. [in Ukrainian].
7. Sokolov V. M. (2012). Application of procedural analogy in the implementation of civil proceedings. *Legal Bulletin of the Ukrainian Academy of Banking. Administrative and financial law*. № 2 (7). P. 37-41. [in Ukrainian].
8. Dyachenko S. V., Onofrei V. S. (2022). Application of the analogy of the law and the analogy of law in the economic process. *Legal scientific electronic journal*. № 4. P. 201-204. [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

*L. M. Tokarchuk*, Dean of the Faculty of Economics and Law,  
Doctor of Juridical Sciences, Associate Professor,  
Honored Lawyer of Ukraine  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
the Department of Civil Law Disciplines  
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: zilkovska@ukr.net  
ORCID ID: 0000-0002-2202-5300

## ON CERTAIN ISSUES OF ANALOGICAL LEGAL REASONING IN CIVIL PROCEEDINGS IN UKRAINE

### Summary

The article is devoted to the application of the analogy of the law in civil proceedings in Ukraine. It has been found that despite the lack of legislative enshrinement of the procedural analogy in the Civil Procedure Code of Ukraine, its application is consistent with the legal opinion of the Grand Chamber of the Supreme Court and is therefore legitimate. The court of cassation instance has already formed the practice of applying procedural analogy, in particular in matters of judicial control over the execution of court decisions and restoration of lost proceedings. An analysis of potential cases of the need to apply the analogy of the law in the Civil Procedure Code of Ukraine was carried out, and recommendations were formulated for the application of certain civil procedural norms by analogy of the law.

The grounds for applying the analogy of the law and the subsidiary application of legal norms are delineated; it is established that if the law provides for subsidiary application (for example, the rules on simplified claim proceedings - to the appeal proceedings), then it has priority over the analogy of the law. It is justified that in those cases where it is possible to apply a systematic interpretation of legal norms, there is no gap, and the application of analogy in such a case is impossible.

The exceptional nature of the application by analogy of the norms of other branches of procedural law has been proven - only in the case of impossibility of the application by analogy of the norms that regulate civil proceedings. Thus, it is appropriate to apply the norm of Part 3 of Article 415 of the Criminal Procedure Code of Ukraine regarding the binding nature of the conclusions of the appellate court after the annulment of the verdict in the part of the civil claim and the appointment of reconsideration of the civil claim in accordance with the Civil Procedure Code of Ukraine. At the same time, the application of norms from other procedural branches should not introduce into civil proceedings those institutions, principles and procedures that are not characteristic of it.

It has been established that it is impossible to expand the range of procedural obligations of the participants in cases and to expand the list of grounds for the application of procedural coercion measures in the manner of applying the analogy of the law.

The need for legislative power to respond to gaps in the civil procedural law revealed by law enforcement practice is substantiated; the necessity of enshrining the procedural analogy in the text of the Civil Procedure Code of Ukraine, as well as the grounds and limits of its application, is motivated.

**Keywords:** case-law involving reasoning per analogia in civil proceedings; reasoning by analogy of law, reasoning by statutory analogy, procedural analogy, subsidiary application of legal rules.

*В. М. Чернега*, докт. юрид. наук, доцент, професор кафедри  
Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана  
Кафедра приватного права  
Проспект Перемоги, 54/1, Київ, 03057, Україна  
e-mail: vitalii.cherneha@kneu.edu.ua  
ORCID ID: 0000-0002-9118-6562

## УКРАЇНСЬКА НАУКА ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА НА ПОЧАТКУ III ТИСЯЧОЛІТТЯ

Статтю присвячено досягненням, проблематиці та перспективам української науки цивільного процесуального права. У роботі розглянуто політематичні дослідження у галузі українського цивільного процесуального права, що відтворені в дисертаціях на здобуття наукових ступенів доктора та кандидата юридичних наук, доктора філософії в галузі права.

Попри оновлення цивільного процесуального законодавства України, не всі норми та інститути цивільного процесуального права (джерела цивільного процесуального права, оціночні категорії в цивільному процесуальному праві, цивільна юрисдикція, суб'єкти цивільного процесуального права, електронні докази, висновок експерта в галузі права, заходи процесуального примусу, особливості розгляду та вирішення окремих категорій цивільних справ в апеляційному та касаційному порядку, особливості розгляду судом справ про обмеження фізичної особи у відвідуванні гральних заходів та участі в азартних іграх, специфіка розгляду судом справ про видачу та продовження обмежувального припису, судовий контроль за виконанням судових рішень у цивільних справах, відновлення судом втраченого судового провадження) були предметом наукових розвідок, чимало з них потребують системного осмислення фахівцями.

Констатовано, що в українській науці цивільного процесуального права бракує компаративно-правових досліджень, зокрема: досвіду України та зарубіжних країн (насамперед Європейського Союзу й Організації економічного співробітництва та розвитку, Великої Британії, Сполучених Штатів Америки).

Предметом наступних наукових розвідок можуть бути стан та перспективи розвитку наукової думки в сфері нотаріального та виконавчого права і процесу.

Доцільно спеціально окреслити минуле, сучасне та майбутнє юридичних досліджень, присвячених альтернативним формам вирішення цивільних спорів.

**Ключові слова:** наука цивільного процесуального права, цивільне процесуальне законодавство, цивільні процесуальні правовідносини, цивільне судочинство, цивільний процес.

**Постановка проблеми.** Частина норм та інститутів Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 року № 1618-IV, що нині діє в редакції Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративно-судочинства України та інших законодавчих актів» від 03 жовтня 2017 року [1], впродовж тривалого часу потребує пильної уваги фахівців у галузі цивільного процесуального права.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** В українській спеціальній літературі бракує наукових розвідок, присвячених минулому, сучасному та майбутньому української науки цивільного процесуального права.

**Мета статті.** Метою дослідження є розкриття наукових досягнень у галузі українського цивільного процесуального права, а також окреслення найближчих перспектив провадження досліджень у цій царині.

**Виклад основного матеріалу.** Різнобічні аспекти цивільного процесуального права завжди були в центрі уваги представників академічного середовища, правотворчої та правозастосовної практики. Це засвідчує численна публікаційна активність у фахових наукових виданнях України, наукових періодичних виданнях зарубіжних держав (здебільшого країн Європейського Союзу й Організації економічного співробітництва та розвитку), одноосібних та колективних монографіях, науково-практичних коментарях цивільного процесуального законодавства, навчальних виданнях із цивільного процесуального права (навчальних посібниках, підручниках).

Із початку 21 сторіччя донині в закладах вищої освіти (Державний вищий навчальний заклад «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника», Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київський університет права, Міжнародний гуманітарний університет, Національна академія внутрішніх справ, Національна академія прокуратури України, Національний університет «Одеська юридична академія», Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Харківський національний університет внутрішніх справ, Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна, Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, Університет Короля Данила) та в науково-дослідних установах (Інститут держави і права імені В. М. Корецького, Інститут законодавства Верховної Ради України, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака) нашої держави були виконані та (або) захищені дисертації на здобуття наукових ступенів доктора та кандидата наук (доктора філософії), присвячені актуальним аспектам цивільного процесуального права. Науковими консультантами та науковими керівниками цих комплексних цивільних процесуальних досліджень стали видатні вчені-юристи нашої країни, серед яких: С. С. Бичкова, Н. Ю. Голубєва, О. В. Дзера, І. О. Ізарова, О. С. Кізлова, Н. О. Кіреєва, В. В. Комаров, В. М. Коссака, В. А. Кройтор, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць, Р. А. Майданик, Р. М. Мінченко, О. В. Петришин, Ю. Д. Притика, В. І. Семчик, Р. О. Стефанчук, Г. П. Тимченко, Л. М. Токарчук, В. І. Труба, С. Я. Фурса, Є. О. Харитонов, Ю. С. Червоний, Ю. С. Шемшученко, М. М. Ясинок.

Значний внесок у розвиток науки цивільного процесуального права України зроблено нинішніми докторами юридичних наук, які присвятили докторські дисертації: Ю. Д. Притика «Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді» (2006), К. В. Гусаров «Інстанційний перегляд судових рішень у цивільному судочинстві» (2011), М. М. Ясинок «Особливості окремого провадження у цивільному процесуальному праві України: теорія та практика» (2011), С. С. Бичкова «Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження» (2011), О. О. Кармаза «Концепції охорони та захисту житлових прав у цивілістичному процесі» (2014),

С. О. Короєд «Процесуальне забезпечення ефективності цивільного судочинства» (2014), М. П. Курило «Єдність цивілістичного процесу: проблеми теорії і практики» (2014), І. О. Ізарової «Теоретичні і практичні засади гармонізації цивільного процесу Європейського Союзу та України» (2016), О. С. Ткачук «Реалізація судової влади у цивільному судочинстві України: структурно-функціональний аспект» (2016), Г. В. Чурпіта «Концептуальні засади захисту сімейних прав та інтересів у порядку непозовного цивільного судочинства» (2016), Т. М. Кучер «Теорія доведення у цивілістичному процесі» (2017), О. О. Штефан «Цивільний процесуальний порядок захисту суб'єктивного авторського права» (2017), І. В. Андронов «Судові рішення в цивільному процесі України» (2018), Хікмет Аловсат огли Джавадов «Теоретичні проблеми ефективності цивільного судочинства» (2018), О. О. Грабовська «Теоретико-правові проблеми доказування у цивільному процесі України» (2019), Л. В. Діденко «Цивільно-процесуальні правовідносини як інститут цивільно-процесуального права України: концептуальні положення» (2019), І. В. Бондар «Теоретичні основи особистих немайнових правовідносин в цивілістичному процесі» (2020), А. Г. Гулик «Оптимізація цивільного судочинства: проблеми теорії та практики» (2021), В. А. Кройтор «Теоретико-методологічні основи формування та функціонування системи принципів цивільного судочинства» (2021), Т. А. Цувіна «Принцип верховенства права у цивільному судочинстві: теоретико-прикладне дослідження» (2021), С. А. Чванкін «Інформаційні технології у доказуванні в цивільному процесі: теоретичні та практичні аспекти» (2021), А. С. Штефан «Механізм доказування у цивільному судочинстві» (2021), Н. В. Волкової «Захист сімейних прав та інтересів дитини у цивільному судочинстві» (2023). Згадані українські процесуалісти є авторами одноосібних монографій за релевантною проблематикою.

Треба виокремити дві дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук, кожна з яких виконано та захищено по двом спеціальностям. Це наукові досягнення: Г. П. Тимченка «Принципи цивільного та адміністративного судочинства в Україні: проблеми теорії і практики» (2012, спеціальності: 12.00.03, 12.00.07); І. Е. Берестової «Захист публічних інтересів учасників цивільних відносин: взаємозв'язок цивільного судочинства та конституційного провадження» (2019, спеціальності: 12.00.02, 12.00.03). Згадані вчені також є авторами одноосібних монографічних видань за релевантною проблематикою.

Фундаментальні проблеми порушені в кандидатських дисертаціях: М. М. Ясинка «Принципи усності, безпосередності та безперервності у цивільному судочинстві» (2004), О. В. Рожнова «Принцип оперативності в цивільному процесуальному праві» (2000), О. В. Підлубної «Норма цивільного процесуального права: поняття, межі дії та реалізація в цивільному судочинстві» (2007), А. Л. Паскар «Цивільні процесуальні правовідносини: структурно-функціональний аналіз» (2009), С. О. Волосенка «Принципи змагальності та об'єктивної істини у цивільному процесі» (2010), І. В. Турчин-Кукаріної «Оціночні поняття у цивільному процесуальному праві України» (2013), С. П. Матвєєва «Принцип автономності тлумачення в сфері майнових і особистих немайнових відносин в рішеннях Європейського суду з прав людини» (2015), О. М. Калашник «Прогалини в цивільному процесуальному праві та їх усунення» (2016), В. О. Ряботинської «Принцип гласності цивільного процесу» (2017), С. В. Невестюк «Ме-



ханізм цивільного процесуального регулювання» (2017), С. С. Дронова «Темпоральні принципи цивільного судочинства України» (2019).

Цікавими є кандидатські дисертації, авторами яких є: В. П. Феннич «Доказові презумпції в цивільному судочинстві» (2009), В. В. Масюк «Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві» (2010), Д. В. Черемнов «Юридичні презумпції та фікції в цивільному процесі України» (2015).

Складно не зупинитися на дослідженнях, підготовлених на рівні кандидатських дисертацій, авторами яких є: І. А. Павлуник «Представництво в цивільному процесі України» (2002), С. А. Чванкін «Добровільне представництво в цивільному процесі України» (2005), Г. З. Лазько «Правова природа процесуального представництва у цивільному процесі» (2006), О. В. Колісник «Суд як суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин» (2008), О. В. Бобровник «Треті особи в цивільному процесі України» (2009), Т. О. Дунас «Участь прокурора у цивільному судочинстві України» (2009), Д. Г. Глушкова «Участь спеціаліста в цивільному судочинстві» (2009), Д. В. Іванчулинець «Законне представництво у цивільному процесі» (2012), Н. О. Чучкова «Участь іноземців у цивільному процесі України» (2013), В. В. Петрик «Інститут відводу в цивільному процесі» (2013), Н. Г. Яценко «Правовий статус суду в цивільному процесі» (2014), І. О. Журба «Сторони у цивільному процесі» (2015), Ю. С. Дацко «Участь органів місцевого самоврядування в цивільному процесі для захисту прав, свобод та інтересів інших осіб» (2015), К. А. Гузе «Представництво прокурором інтересів громадянина або держави в цивільному судочинстві України» (2015), Н. С. Новик «Участь органів опіки та піклування у цивільному процесі України» (2016), Ю. А. Прут «Цивільно-процесуальний статус осіб, які є іншими учасниками цивільного процесу» (2016), О. Ю. Русин «Судове представництво в цивільному судочинстві України» (2017), М. В. Шпак «Професійне представництво адвоката у цивільному процесі» (2018), І. В. Пасайлюк «Правовий статус іноземців та осіб без громадянства в цивільному процесі України» (2021).

Оригінальними є кандидатські дисертації, авторами яких є: С. С. Бичкова «Експертиза в цивільному процесі України» (2003), Т. В. Цюра «Суб'єкти доказування та оцінки доказів у цивільному процесі» (2005), О. Ф. Дорошенко «Судова експертиза як засіб доказування при розгляді цивільних справ щодо порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності» (2007), Ж. В. Васильєва-Шаламова «Судова експертиза в цивільному процесі» (2009), О. М. Лазько «Засоби доказування у цивільному процесі» (2013), Д. В. Шкребець «Стадії процесу доказування в цивільному процесі України» (2014), Я. М. Садикова «Предмет доказування у справах про захист авторських та суміжних прав» (2014), Е. С. Зеленьак «Інститут оцінки доказів у цивільному процесі» (2014), М. О. Гетманцев «Речові докази в цивільному процесі» (2014), І. В. Верешінська «Предмет доказування у справах щодо спадкування» (2015), А. С. Зеленьак «Використання речових доказів під час розгляду та вирішення цивільних справ» (2015), Р. В. Тертишніков «Докази та доказування у цивільному судочинстві України» (2015), О. О. Бурмак «Забезпечення доказів у цивільному та нотаріальному процесі» (2015), А. Ю. Каламайко «Електронні засоби доказування в цивільному процесі» (2016), Т. С. Супрун «Докази та доказування в справах про встановлення та оспорування батьківства (материнства)» (2017), Н. А. Новікова «Показання свідків

у цивільному процесі» (2018), П. С. Захаров «Доказування у справах про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок дорожньо-транспортної пригоди, у цивільному процесі України» (2019), Ю. С. Павлова «Електронний документ як джерело доказів у цивільному процесі» (2019), Є. Є. Лезін «Забезпечення доказів в цивільному процесі України» (2019), Р. В. Кашперський «Докази у справах окремого провадження» (2019), Є. В. Симбірська «Належність і допустимість доказів у цивільному процесі України» (2019), А. І. Олійник «Особливості формування системи доказів та меж доказування в справах окремого провадження: теорія та практика» (2019).

Цікавими є кандидатські дисертації, авторами яких є: П. М. Тимченко «Проблеми судової підвідомчості» (2000), Д. М. Шадура «Цивільна юрисдикція» (2008), Н. М. Бессараб «Юрисдикція та підсудність цивільних справ» (2015), А. П. Задорожна «Підсудність у цивільному процесі України» (2018).

Своєрідними є кандидатські дисертації, авторами яких є: О. М. Шиманович «Судові постанови у цивільному процесі України (на матеріалах рішень і ухвал суду першої інстанції)» (2005), О. М. Перунова «Процесуальні акти-документи з цивільних справ» (2007), О. В. Демянова «Оскарження ухвал в цивільному судочинстві» (2008), Г. В. Фазикош «Судове рішення в цивільному судочинстві» (2008), І. В. Андронов «Рішення суду першої інстанції в цивільному процесі України» (2008), Р. О. Гаврік «Законна сила судових рішень у цивільних справах» (2011), Л. С. Лисенко «Ухвали в цивільному процесі України» (2012), І. О. Колотілова «Законність та обґрунтованість рішень суду в цивільному процесі України» (2015).

Власну нішу в бібліотеці українського цивільного процесуального права посідають кандидатські дисертації, авторами яких є: В. Г. Бобко «Судочинство у справах про визнання фізичної особи безвісно відсутньою та оголошення її померлою» (2006), М. В. Вербіцька «Наказне провадження у цивільному процесі України» (2011), О. Б. Єрошенко «Правове регулювання наказного провадження за законодавством України» (2013), Р. С. Нікітенко «Окреме провадження у справах про розірвання шлюбу» (2014), М. І. Доманська «Провадження у справах про зміну правового статусу фізичної особи в цивільному процесі України» (2015), Т. Ц. Кашперська «Окреме провадження у справах про встановлення фактів, що мають значення для охорони сімейних прав та інтересів» (2016), А. В. Шабалін «Судочинство у справах наказного провадження» (2016), Т. Л. Лузан «Встановлення фактів, що мають юридичне значення в сімейних відносинах, в окремому провадженні» (2017), Ю. О. Підченко «Судові рішення у справах окремого провадження» (2019), Б. В. Санін «Встановлення в порядку цивільного судочинства фактів, що мають юридичне значення» (2020).

Оригінальними є кандидатські дисертації: В. А. Миколаєць «Груповий позов у цивільному процесі України» (2014), А. В. Губська «Групові позови в цивільному процесі» (2015).

Частину кандидатських дисертацій об'єднує перегляд судових рішень у цивільних справах. Їх авторами є: Є. А. Чернушенко «Апеляційне оскарження в цивільному процесі України» (2004), І. В. Бондар «Перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами» (2009), О. М. Ткач «Порядок розгляду справ судом апеляційної інстанції в цивільному процесі України» (2009), О. А. Тимошенко

«Касаційне провадження у цивільному процесі України» (2012), О. В. Батрин «Право апеляційного оскарження рішення в цивільному судочинстві України» (2014), І. С. Апалькова «Перегляд судових рішень Верховним Судом України» (2015), Д. Ю. Цихоня «Оскарження судових рішень, ухвалених судами першої інстанції» (2015), О. В. Фролова «Апеляційне оскарження ухвал суду першої інстанції у цивільному судочинстві України» (2017), В. С. Войтовський «Касаційне оскарження у цивільному процесі України» (2017), І. М. Іліопол «Апеляційне провадження в цивільному процесі України» (2018), А. О. Лесько «Правові засади визначення повноважень суду касаційної інстанції у цивільному процесі» (2020).

Частину кандидатських дисертацій присвячено судочинству в справах: про усиновлення (удочеріння) іноземними громадянами дітей, які проживають на території України (О. О. Грабовська, 2005); за позовами про захист прав та інтересів невизначеного кола осіб (Т. В. Степаненко, 2008); за позовами до засобів масової інформації про захист честі, гідності та ділової репутації (А. С. Штефан, 2013); про визнання батьківства, материнства та його оспорювання (О. М. Ганкевич, 2015); про визнання недійсними правочинів, вчинених із дефектами волі (М. О. Жорнік, 2015); про відшкодування шкоди, завданої злочином, в суді першої інстанції (С. П. Черевко, 2017); про оспорювання батьківства та материнства (К. О. Стопченко, 2019).

Треба відзначити кандидатські дисертації, в яких розглянуто різнобічні аспекти розгляду та вирішення справ за позовами про звільнення майна з-під арешту (С. Г. Кузьменко, 2001); спорів, які пов'язані із виникненням, здійсненням та зміною особистих немайнових правовідносин між батьками та дітьми (Г. Я. Трипільський, 2007); справ про усиновлення громадянами України (Стоянова, 2009); спорів щодо поділу спільного майна подружжя (Ю. Ю. Цал-Цалко, 2010); цивільних справ щодо позбавлення батьківських справ (Ю. В. Александрова, 2012); цивільних справ про визнання правочинів недійсними (А. В. Петровський, 2014); справ про захист гідності, честі та ділової репутації публічних осіб (К. В. Можаровська, 2014); судами справ у спорах, що виникають із спадкових правовідносин (І. М. Завгородня, 2016); справ, що виникають з кредитних правовідносин в цивільному процесі України (В. О. Поливач, 2016); трудових спорів у порядку цивільного судочинства судами першої інстанції (В. О. Непочатих); справ, які виникають у зв'язку із розірванням трудового договору з ініціативи роботодавця (О. А. Шурін, 2017); справ щодо встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу (В. В. Круковес, 2018).

Цікавими є предмети кандидатських дисертацій, авторами яких є: О. В. Бринцев «Сутність правових спорів у сфері підприємництва та способи їх вирішення» (2001); Г. П. Тимченко «Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав» (2002), Л. Г. Лічман «Судовий захист прав і інтересів членів сім'ї власника жилого приміщення» (2005), Л. А. Кондратева «Судовий захист неповнолітніх осіб у цивільному процесі України» (2006), О. С. Погребняк «Судовий захист законних інтересів фізичних осіб при примусовому наданні медичної допомоги» (2011), В. Ф. Безпята «Судовий захист права на працю» (2012), К. Л. Зілковська «Судовий порядок оскарження нотаріальних дій та відмови в їх вчиненні» (2013), І. А. Боровська «Захист права на безпечне для життя та здоров'я довкілля

у порядку цивільного судочинства» (2015), А. І. Данилюк «Цивільно-правовий захист суб'єктивних цивільних прав інтелектуальної власності судом» (2016), К. О. Фесик «Захист колективних прав і інтересів у порядку цивільного судочинства» (2017), Б. В. Кирдан «Захист прав автора в порядку цивільного судочинства» (2017), Н. О. Софронкова «Судовий захист прав боржника в іпотечних правовідносинах» (2017), Ю. В. Даниляк «Судовий захист прав осіб, які не брали участі у цивільній справі» (2017), О. М. Нікітюк «Охорона та захист права спільної власності подружжя у цивілістичному процесі» (2017), Д. В. Новіков «Захист права власності Європейським судом з прав людини: досвід для правової системи та судової практики України» (2018).

Низку актуальних аспектів цивільного процесуального права висвітлено в кандидатських дисертаціях, авторами яких є: О. О. Штефан «Позовне провадження у справах з авторських і суміжних правовідносин у цивільному судочинстві України» (2000), К. В. Гусаров «Проблеми цивільної процесуальної правосуб'єктності» (2000), О. В. Шутенко «Проблеми диспозитивності в цивільному судочинстві» (2003), С. С. Богля «Судові витрати в цивільному судочинстві» (2005), Н. Ю. Сакара «Проблема доступності правосуддя у цивільних справах» (2006), О. Г. Бортнік «Мирова угода у цивільному судочинстві» (2007), Н. Л. Бондаренко-Зелінська «Підготовка цивільних справ до судового розгляду як стадія цивільного процесу» (2007), Ю. В. Навроцька «Заочний розгляд справи в цивільному процесі України» (2008), О. В. Андрійчук «Процесуальні строки у цивільному процесі України» (2009), Т. М. Кучер «Право на судовий захист в порядку цивільного судочинства України» (2009), О. С. Снідевич «Позов у цивільних справах, що виникають із земельних правовідносин» (2011), І. М. Лукіна «Цивільна процесуальна відповідальність» (2011), І. Ю. Татулич «Цивільна процесуальна форма в суді першої інстанції в Україні» (2012), Т. А. Цувіна «Право на суд у цивільному судочинстві» (2013), О. О. Дерій «Аліментні зобов'язання в цивілістичному процесі» (2014), Т. І. Дузінкевич «Повноваження суду першої інстанції цивільної юрисдикції» (2015), А. О. Завгородня «Встановлення істини у цивільному судочинстві» (2016), Є. В. Лейба «Відновлення втраченого судового провадження в цивільному процесі» (2016), Н. М. Савчин «Судові помилки при розгляді та вирішенні цивільних справ» (2016), О. І. Карплюк «Механізм забезпечення справедливості судового розгляду цивільних справ» (2016), Н. А. Ляшенко «Застосування практики Європейського суду з прав людини при розгляді цивільних справ» (2017), А. В. Лопатін «Процесуальні засоби усунення судових помилок у цивільному судочинстві України» (2017), К. В. Куцик «Заходи процесуального примусу в цивільному судочинстві» (2017), М. Б. Гарієвська «Дискреційні повноваження суду при розгляді цивільних справ у суді першої інстанції» (2017), В. В. Заботін «Право на правову допомогу в цивільному судочинстві» (2018), О. Ю. Одосій «Забезпечувальні заходи в цивілістичному процесі України» (2018), А. О. Дика «Спір про право у цивілістичному процесі» (2019), П. П. Микуляк «Самоконтроль суду першої інстанції в цивільному процесі» (2020), О. О. Лабань «Захист прав та інтересів відповідача у цивільному процесі» (2020).

До порівняльних досліджень належать кандидатські дисертації: Л. А. Островської «Непрямі (похідні) позови: міжнародний досвід та законодавство Укра-

їни» (2008), Н. Г. Колядіної «Реалізація права на позов у цивільному процесі України та окремих держав Європейського Союзу: порівняльно-правове дослідження» (2016), Н. Б. Фартушок «Тягар доказування в цивільному судочинстві: порівняльно-правове дослідження» (2016), К. Б. Дрогозюк «Предмет та суб'єкти доказування у цивільному процесі України та Франції» (2018).

Оригінальними є дисертації на здобуття наукового ступеня доктора філософії в галузі права: А. В. Помазанова «Касаційний перегляд судових рішень у цивільному процесі України» (2019), С. М. Дмитрієва «Цивільний процесуальний статус заявників у справах окремого провадження» (2020), В. А. Прущак «Врегулювання спору за участю судді у цивільному судочинстві України» (2020), А. О. Ткачук «Зловживання процесуальними правами у цивільному процесі України» (2020).

**Висновки і пропозиції.** Попри оновлення цивільного процесуального законодавства України, не всі норми та інститути цивільного процесуального права (джерела цивільного процесуального права, оціночні категорії в цивільному процесуальному праві, цивільна юрисдикція, суб'єкти цивільного процесуального права, електронні докази, висновок експерта в галузі права, заходи процесуального примусу, особливості розгляду та вирішення окремих категорій цивільних справ в апеляційному та касаційному порядку, особливості розгляду судом справ про обмеження фізичної особи у відвідуванні гральних заходів та участі в азартних іграх, специфіка розгляду судом справ про видачу та продовження обмежувального припису, судовий контроль за виконанням судових рішень у цивільних справах, відновлення судом втраченого судового провадження) були предметом наукових розвідок, чимало з них потребують системного осмислення фахівцями.

Констатовано, що в українській науці цивільного процесуального права бракує компаративно-правових досліджень, зокрема: досвіду України та зарубіжних країн (насамперед Європейського Союзу й Організації економічного співробітництва та розвитку, Великої Британії, Сполучених Штатів Америки).

Предметом наступних наукових розвідок можуть бути стан та перспективи розвитку наукової думки в сфері нотаріального та виконавчого права і процесу.

Доцільно спеціально окреслити минуле, сучасне та майбутнє юридичних досліджень, присвячених альтернативним формам вирішення цивільних спорів.

### **Список використаної літератури**

---

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.

### **References**

---

1. The Civil Procedural Code of Ukraine (2004, March 18). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.



*V. M. Cherneha*, Doctor of Science of Law, Docent, Professor  
Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman  
the Department of Private Law  
Prospect Peremogy, 54/1, Kyiv, 03057, Ukraine  
e-mail: vitalii.cherneha@kneu.edu.ua  
ORCID ID: 0000-0002-9118-6562

## STUDYING UKRAINIAN CIVIL PROCEDURE LAW IN THE EARLY 3<sup>d</sup> MILLENNIUM

### Summary

The article is dedicated to the gains, problems, and perspectives of studying the Ukrainian civil procedure law. It covers polythematic studies of the Ukrainian civil procedure law presented in dissertations.

Despite the updates to the civil procedure laws of Ukraine, not all the civil procedure regulations and institutions (sources of the civil procedure law, evaluation categories in civil procedure law, civil jurisdiction, entities subject to civil procedure law, electronic evidence, legal expert's opinions, measures of procedural compulsion, specifics of considering and settling civil cases of certain categories through the appeal and cassation procedure, specifics of considering by court the claims for imposing restrictions on an individual for gambling and attending gambling events, specifics of considering by court the claims for issuing and prolonging a restrictive injunction, judicial control of the execution of civil judgements, resuming the lost proceedings by court) were the subject of the scientific research; many of them require a systematic analysis to be carried out by experts.

The article states that the Ukrainian civil procedure studies lack the comparative legal research including the Ukrainian and foreign practices (first of all, those existing in the European Union and the Organization for Economic Co-operation and Development, the Great Britain, the United States of America).

The next pieces of research may focus on how the scientific thought is and will be developing in terms of the notarial and enforcement law and process.

It is worth specifying the past, present, and future of the legal studies dedicated to the alternative forms of settling civil disputes.

**Keywords:** civil procedure studies, civil procedure law, civil procedure relations, civil proceedings, civil trial.



*А. Р. Яцюк*, аспірантка, юрисконсулт  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра цивільно-правових дисциплін  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: anastasia.yacyuk@gmail.com

## ПРАВО НА БАТЬКІВСТВО ТА МАТЕРИНСТВО, ЯК ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА

Актуальність дослідження зумовлено новизною теми, її значенням для розвитку науки сімейного права, а також законодавства в цій сфері. У статті здійснено системний аналіз права на батьківство та материнство, як особистого немайнового права. Проведено системний аналіз таких категорій, як «материнство» та «батьківство» в сучасній науці сімейного права України.

Обґрунтована необхідність закріплення в діючому законодавстві єдиного легального визначення «батьківства» та «материнства» у відповідності до європейських стандартів. Автор пропонує розглядати право на батьківство та материнство, як особисте немайнове право жінок та чоловіків, незалежно від їх сімейного статусу. Також, запропоновано закріпити на законодавчому рівні, за чоловіками право приймати участь у вирішенні питання штучного переривання вагітності.

При детальному аналізі права жінки на материнство, автором в статті були виділені та проаналізовані складові елементи такого права, а саме: право на вагітність та охорону здоров'я під час вагітності, забезпечення охорони здоров'я під час пологів; право на переривання вагітності та права після народження дитини, зокрема, певні соціальні гарантії жінкам, які народили дитину. Поряд з тим, враховуючи європейський вектор розвитку нашої держави, автор пропонує реформувати деякі норми законодавства та прирівняти чоловіків і жінок в правах у вказаній сфері. Проаналізовано зміни, які відбулися в законодавстві нашої держави в сфері соціальних гарантій чоловіків та жінок після народження дитини.

Поряд з тим, у статті висвітлено низку питань, які потребують деталізації та уточнення з боку законодавця, в сфері реалізації чоловіками та жінками свого права на батьківство та материнство, за допомогою допоміжних репродуктивних технологій.

**Ключові слова:** особисті немайнові права, право на батьківство, право на материнство, особисті немайнові права подружжя, допоміжні репродуктивні технології, штучне переривання вагітності.

**Постановка проблеми.** Право на батьківство та материнство відносять до особистих немайнових прав, якими наділені чоловіки та жінки в сучасному світі. Проте, не зважаючи на те, що наша держава обрала вектор європейського розвитку, більшість положень чинного законодавства, на сьогоднішній день є значною мірою застарілими та не в змозі належним чином врегулювати ситуації, які виникають у суспільстві та пов'язані з реалізацією чоловіками та жінками свого права на батьківство та материнство.

Прийнято вважати, що саме укладення шлюбу, є тим підґрунтям, яке приводить до створення сім'ї, народження дітей та є безпосередньою підставою для

виникнення майнових та особистих немайнових прав подружжя, в тому числі, права на батьківство та материнство.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дослідженням проблем вказаної теми присвячені праці вітчизняних та зарубіжних спеціалістів у сфері сімейного права, серед яких: І. А. Бірюкова, В. А. Ватрас, Я. І. Верес, Ю. В. Драгомирова, А. М. Дутко, О. М. Ганкевич, А. П. Головащук, В. С. Гопанчук, Л. В. Красицька, Ю. В. Коренга, В. М. Москалюк, А. А. Пестрикова, З. В. Ромовська, В. І. Труба, В. В. Самойлова, Т. В. Сорокіна, К. Ф. Фарахшина.

Отже, значною мірою актуальність теми зумовлена новизною теми, її значенням для розвитку науки сімейного права, а також законодавства в цій сфері.

**Мета статті:** визначити сутність права на батьківство та материнство, як особистого немайнового права чоловіків та жінок.

**Виклад основного матеріалу.** Вивчаючи такі особисті немайнові права, як право на материнство та батьківство, в першу чергу, важливим є надати визначення категорії «особистих немайнових прав».

Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) в статті 269 закріплює, що особисті немайнові права належать кожній фізичній особі від народження або за законом. Особисті немайнові права фізичної особи не мають економічного змісту. Особисті немайнові права тісно пов'язані з фізичною особою. Фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а, також, не може бути позбавлена цих прав. Особистими немайновими правами фізична особа володіє довічно [1, ст. 269].

В літературі особисті немайнові права розглядаються, як юридично гарантовані можливості, які довічно належать кожній фізичній особі за законом і характеризуються немайновістю та особистісністю [2, с. 234].

Професор З. В. Ромовська у своїх дослідженнях зробила висновок, що особисте немайнове право – це право, яке виникає з приводу благ, позбавлених економічної цінності, тісно пов'язане з особистістю уповноваженого, а тому не передається і не відчужується від нього [3].

Поряд з особистими немайновими правами, якими наділена фізична особа, в науці сімейного права існує категорія особистих немайнових прав подружжя. Прийнято вважати, що виникнення особистих немайнових прав між чоловіком та жінкою, які передбачаються в Сімейному кодексі України, відбувається після укладення ними шлюбу в органах державної реєстрації актів цивільного стану.

В юридичній літературі особисті немайнові права подружжя прийнято розглядати, як врегульовані нормами сімейного права відносини з приводу особистих немайнових благ та інтересів осіб, між якими було укладено шлюб у встановленому законом порядку. Більшість особистих немайнових прав та обов'язків кожного із подружжя є одночасно їх правами та обов'язками стосовно одне одного [4, с. 56].

В. І. Труба в своїх наукових працях визначає особисті немайнові права подружжя, як врегульовані нормами сімейного права суспільні відносини, що виникають між подружжям з приводу нематеріальних благ. Вчений визначає, що саме ознаками подружніх правовідносин є те, що: правоустановлючим юридичним фактом для їх виникнення є державна реєстрація шлюбу; вони виникають тільки між подружжям; вони позбавлені економічного змісту; вони невідчужува-

ні та не можуть передаватися; не можуть бути предметом шлюбного договору та інших угод [5, с. 256].

Перелік особистих немайнових права подружжя розміщено в Главі 6 Сімейного кодексу України (далі – СК України). До них відносять: право на повагу до своєї індивідуальності, право на зміну прізвища, право на розподіл обов'язків та спільне вирішення питань життя сім'ї, право на свободу та особисту недоторканість, право на батьківство та материнство [6].

Серед науковців продовжують топитися досить гострі дискусії навколо права чоловіка та жінки на батьківство та материнство. Оскільки, незважаючи на те, що ці права є не новими та тісно пов'язані з репродуктивною функцією чоловіків та жінок, в законодавстві залишається безліч прогалин. Деякі положення потребують змін та доопрацювання, оскільки сучасне українське законодавство потребує реформування у відповідності до європейських стандартів.

Так, на жаль, право на батьківство та материнство закріплене в СК України, розглядається в розрізі прав подружжя, що в свою чергу обмежує в правах жінок та чоловіків, які не мають статусу подружжя. Досліджуючи питання визначення сутності та змісту таких немайнових прав чоловіка та жінки, як право на батьківство та материнство, важливим є дійти єдиного визначення таких категорій, як «батьківство» та «материнство». На сьогоднішній день чинне законодавство не містить в собі їх легального визначення. СК України в ст. 49 та ст. 50 закріплює: «дружина має право на материнство», «чоловік має право на батьківство» [6, ст. 49,50].

На нашу думку, ці норми є застарілими та не відповідають реальному стану справ. З вищенаведеного можна зробити висновок, що право на материнство та батьківство, мають лише ті жінки та чоловіки, які перебувають в зареєстрованому шлюбі. Тобто, таким чином, обмежуються в праві на материнство та батьківство жінки і чоловіки, які є самотні або проживають однією сім'єю та не перебувають в офіційно зареєстрованому шлюбі.

Цікавим є те, що в науці сімейного права України, серед вчених, також відсутній єдиний підхід до розуміння поняття «материнства».

Сучасний тлумачний словник української мови трактує материнство як «стан жінки-матері під час вагітності, пологів, годування дитини» [7].

Вчений І. А. Бірюков зазначає, що материнство – це забезпечена законом можливість жінки здійснювати репродуктивну функцію (народжувати здорових дітей), належним чином утримувати їх та виховувати в дусі поваги до прав та свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу, своєї Батьківщини [8, с. 78].

О. М. Ганкевич в своїх працях розкриває поняття «материнство» – як фізіологічний, соціальний та психологічний стан жінки з моменту зачаття та до народження дитини, а з моменту народження дитини як факт походження дитини від певної жінки, що оснований на кровній спорідненості між матір'ю та дитиною, юридично посвідчений актовим записом про народження дитини в державних органах РАЦС, що є передумовою виникнення правового статусу матері [9, с. 97].

На думку В. Ю. Москалюк, материнство – це фізіологічний та соціальний стан жінки з моменту зачаття до смерті дитини або смерті самої матері. Автор



між батьком і дитиною, юридично посвідчений актовим записом про народження дитини в державних органах РАЦС, що є передумовою виникнення правового статусу батька [9, с. 97-98].

О. В. Ієвіня стверджує, що право на батьківство полягає не лише у праві бути записаним батьком дитини, а й у праві брати участь у її вихованні та утриманні. Така позиція продиктована необхідністю участі батька у вихованні дитини задля її повноцінного особистісного розвитку [12, с. 99].

На нашу думку, досить вдало в своїх наукових працях розкриває поняття «материнства» та «батьківства» В. Ю. Москалюк, яка зазначає, що право на материнство (батьківство) має цивільно-правову природу, оскільки воно є, з одного боку, особистим немайновим правом жінки та чоловіка, а з іншого, не залежить від наявності чи відсутності шлюбу між особами. Воно передує батьківським правам, які виникають з моменту народження дитини і мають сімейно-правовий характер. Отже, права на материнство та батьківство мають визначатися не як особисті немайнові права подружжя, а як природні особисті немайнові права будь-якої людини, розглядатися у контексті права на життя і забезпечуватися на загальних підставах нормами цивільного законодавства [10, с. 127].

Право на материнство та право на батьківство, у сучасних умовах розвитку суспільства, включає право на реалізацію двох функцій: біологічної (репродуктивної), що полягає у праві вирішувати питання щодо зачаття дитини, та соціальної (право брати участь у вихованні та утримуванні дитини). Причому повноваження дружини щодо здійснення біологічної (репродуктивної) функції є ширшими [12, с. 98].

В науці сімейного права залишаються дискусійними, також, положення, стосовно змісту досліджуваних в статті прав. Так, прийнято вважати, що право на «материнство» включає в себе не лише право жінки народити дитину, а й ряд інших додаткових прав та соціальних гарантій (право на аборт, право на медичний нагляд, право на пологи та інше).

Досить вдалими є роз'яснення, яке наводить в своїх роботах А. О. Дутко, яка стверджує, що право на материнство включає в себе наступні елементи:

1. Право на вагітність (можливість завагітніти, як природним шляхом так і за допомогою допоміжних репродуктивних технологій) та охорону здоров'я під час вагітності;

2. Забезпечення охорони здоров'я під час пологів, які можуть відбуватися у закладах охорони здоров'я та поза ними;

3. Право не народжувати – відмова від народження дитини;

Права після народження дитини, зокрема, певні соціальні гарантії жінкам, які народили дитину [13, с.192].

На нашу думку, **право на вагітність** повинно розглядатись, як можливість жінки зачати та народити дитину передбаченим законодавством способом. Безпосередня реалізація репродуктивної функції жінки, тобто, жінка в праві вирішувати, чи народжувати дитину самостійно, або ж у випадку наявних медичних показань, звернутись до допоміжних репродуктивних технологій (in vitro, сурогатне материнство та інше).

Під час вагітності, пологів та в післяпологовий період жінка потребує особливої уваги та догляду з боку медичних працівників. На сьогоднішній день



основним законом в даній сфері є Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я». Відповідно до статті 58 вказаного Закону, заклади охорони здоров'я забезпечують кожній жінці кваліфікований медичний нагляд за перебігом вагітності, стаціонарну медичну допомогу при пологах і медичну допомогу матері та новонародженій дитині [14, ст. 58].

Досить гострі дискусії точаться навколо права на аборт. Процедура штучного переривання небажаної вагітності (аборту) в Україні регулюються Порядком надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під час небажаної вагітності, форм первинної облікової документації та інструкцій щодо їх заповнення, затвердженим Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 24.05.2013 р. № 423 [15].

За законодавством України, жінка вправі зробити процедуру штучного переривання вагітності до 12 тижнів, або ж від 12 до 22 тижня з підстав вказаних у Постанові Кабінету Міністрів України № 144 від 15 лютого 2006 року.

Аналізуючи положення чинного законодавства, чітко відслідковується, що жінка сама вирішує питання переривання вагітності, а за чоловіком таке право не закріплюється. Також, в законодавстві не передбачено норми, відповідно до якої вимагається письмова згода біологічного батька дитини для проведення процедури штучного переривання вагітності.

Це є цілком логічним, адже вагітність безпосередньо впливає на організм жінки та її фізіологічний та психологічний стан. Не завжди жінка, яка перебуває в стані вагітності знаходиться в зареєстрованому шлюбі. На жаль, досить поширені є ситуації, коли жінка втрачає зв'язок з біологічним батьком дитини та немає змоги порадитися з ним у вирішенні цього питання. В такому випадку отримання письмової згоди біологічного батька на проведення процедури штучного переривання вагітності буде майже неможливим.

Однак, рішення жінки про штучне переривання вагітності може стати безпосередньою підставою для розірвання шлюбу. Такий висновок можна зробити посилаючись на частину 2 статті 50 СК України, «відмова дружини від народження дитини або нездатність її до народження дитини може бути причиною розірвання шлюбу» [6, ст. 50].

Досить визначною в цьому питанні є практика Європейського суду з прав людини, а саме справа «Патон проти Сполученого Королівства». Після того як дружина повідомила про вагітність (8 тижнів) і про намір зробити аборт, чоловік звернувся до Високого Суду Правосуддя Великобританії з проханням накласти судову заборону на проведення аборту, проте, у зв'язку з тим, що за англійським законодавством ембріон не має законних прав до моменту народження та окремого існування від його матері, а батько плоду, незалежно від того одружений він з його матір'ю чи ні, не має законного права перешкоджати матері зробити аборт, чи вимагати, щоб з ним радилися з цього питання, цю справу Патон програв і аборт був зроблений через декілька годин після оголошення винесення рішення суду [16].

Чоловік подав заяву до Європейського суду з прав людини, щоб його визнали жертвою вчинку його дружини. У ході визначення істини, Європейська комісія з прав людини оголосила цю справу неприйнятною, опираючись на те, що саме жінка, яка є особою найбільш зацікавленою вагітністю та її продовженню



чи перериванню, має повне право на повагу до її особистого життя, коли на нього впливає плід, що розвивається у її лоні [16].

Ми вважаємо, що доцільним буде доповнити чинне законодавство в сфері проведення процедури штучного переривання вагітності нормою, яка б гарантувала чоловіку, який знаходиться в офіційно зареєстрованому шлюбі з жінкою, яка має намір зробити аборт, без наявності необхідних медичних показань, право приймати участь у вирішенні цього питання.

Якщо жінка перебуває в зареєстрованому шлюбі для проведення процедури штучного переривання вагітності, необхідно отримати письмову згоду її чоловіка. В іншому випадку, якщо біологічний батько дитини невідомий, залишити право вирішувати питання стосовно переривання вагітності, у дозволені строки, за жінкою.

Досить довгий період часу жінка після народження дитини, наділялась значно більшим колом прав та соціальних гарантій в сфері реалізації свого права на материнство. Безперечно, саме жінка в період вагітності, народження, післяпологовий період, стикається з рядом труднощів стосовно свого фізичного, психологічного здоров'я. Однак, якщо наша держава обрала європейський вектор розвитку, доцільним буде реформувати деякі норми законодавства та прирівняти чоловіків і жінок в правах у вказаній сфері. Так, перші кроки у цьому напрямку вже зроблені.

В травні 2021 року набрав чинності Закон України № 1401-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення рівних можливостей матері та батька у догляді за дитиною» [17]. У вказаному законі чоловіків та жінок прирівняли в праві на відпустку для догляду за дитиною. Раніше передбачалося, що відпустку міг отримати батько дитини (а також бабуся, дідусь чи іншим родичі) на підставі довідки з місця роботи (навчання, служби) матері дитини про те, що вона вийшла на роботу до закінчення терміну цієї відпустки, і виплата допомоги по вагітності та пологам припинена [18].

На сьогоднішній день стаття 179 Кодексу законів про працю України доповнена нормою: за бажанням матері або батька дитини одному з них надається відпустка для догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, з виплатою за ці періоди допомоги, відповідно до законодавства [18, ст. 179].

Варто зазначити, що рівні права на декретну відпустку мають чоловіки та жінки в Іспанії, Литві, Португалії, Франції.

Досить цікавою, в цьому питанні, є практика Швеції. Там батьки, після народження дитини отримують 480 днів «загальної декретної відпустки». 60 днів відпустки зобов'язаний взяти батько дитини, в іншому випадку, родина не отримує виплат від держави, у зв'язку з народженням дитини.

Безперечно зміни, які відбуваються з цього питання в Україні, є досить доречними та необхідними при сучасному реформуванні законодавства. Адже, такий крок наближає Україну до європейської політики гендерної рівності.

Також, досить дискусійними є положення, стосовно реалізації чоловіками та жінками свого права на батьківство та материнство, за допомогою допоміжних репродуктивних технологій.

Сьогодні, на жаль, досить часто чоловіки та жінки стикаються з діагнозом безпліддя і самостійно не в змозі подолати цю проблему. Не завжди допомагає і



Закону України від 01.07.2010 р. «Про державну реєстрацію актів цивільного стану». По-друге, вже відомі випадки народження дитини сурогатною матір'ю та передання її батькові, який не перебуває у шлюбі [19, с. 173].

Відповідно до п. 6.11 Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, для здійснення сурогатного материнства необхідна нотаріально засвідчена копія письмового спільного договору між сурогатною матір'ю та жінкою (чоловіком) або подружжям. Отже, законодавство України дозволяє самотнім чоловікам бути стороною договору про сурогатне материнство. Проте, СК України не регулює порядок визначення походження такої дитини від матері й батька, якщо батько дитини не перебуває у шлюбі й дитина народилася внаслідок застосування допоміжних репродуктивних технологій [19, с. 174].

Л. В. Красицька пропонує статтю 135 СК України доповнити частиною третьою в такій редакції: «3. Якщо батько дитини не перебуває у шлюбі і дитина народилася в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій за допомогою сурогатного материнства, запис про батька дитини у Книзі реєстрації народжень провадиться за його заявою з наданням нотаріально засвідченої копії письмового договору між ним та сурогатною матір'ю. Запис про матір дитини у Книзі реєстрації народжень провадиться за прізвищем і громадянством батька, а ім'я та по батькові матері дитини записуються за його вказівкою» [19, с. 174].

**Висновки і пропозиції.** Норми, які містяться в СК України та врегульовують право на «батьківство» та «материнство», носять виключно декларативний характер та не відображають суті сучасних правовідносин в цій сфері.

Роблячи висновки, варто зазначити, що право на материнство та батьківство в сучасній правовій науці України повинно розглядатися не лише, як особисте немайнове право подружжя, а, в першу чергу, право жінки та чоловіка незалежно від їх сімейного статусу.

На нашу думку, доцільним буде розглядати поняття «батьківство» та «материнство» з біологічної та правової точки зору.

З біологічної точки зору поняття «материнство», варто розглядати, як можливість жінки реалізувати свою репродуктивну функцію, шляхом зачаття та народження дитини природним способом, або ж за наявності медичних показань, передбачених законодавством в медичній сфері, за допомогою допоміжних репродуктивних технологій (штучне запліднення, сурогатне материнство).

«Батьківство» – це право чоловіка на реалізацію свого репродуктивного права шляхом зачаття та народження дитини.

Ми вважаємо, що з правової точки зору «материнство» та «батьківство» вдало розкриває в своїх працях В. Ю. Москалюк – це особисте немайнове право, яке виникає з приводу здійснення жінкою та чоловіком їх репродуктивної функції з моменту досягнення ними статевої зрілості та є забезпеченими законом можливостями самостійно вирішувати питання мати чи не мати дитину, вимагати від усіх та кожного поведінки, яка сприятиме здійсненню права на материнство (батьківство), та вимагати утримуватися від дій, які перешкоджають здійсненню цього права, звертатися за захистом свого права від протиправних посягань інших осіб способами, встановленими законодавством [10, с. 124-129].

Також, потрібно розуміти, що не лише право жінки на «материнство» включає в себе право на вагітність, аборт, належне медичне забезпечення та соціальні

гарантії після народження дитини, а й право чоловіка на «батьківство», також, закріплює за ним ряд додаткових прав. Чоловік повинен мати право приймати участь у вирішенні питання штучного переривання вагітності, має право на відпуск для догляду за дитиною.

Ми вважаємо, що доцільним буде доповнити чинне законодавство в сфері проведення процедури штучного переривання вагітності нормою, яка б гарантувала чоловіку, який знаходиться в офіційно зареєстрованому шлюбі з жінкою, яка має намір зробити аборт, без наявності необхідних медичних показань, право приймати участь у вирішенні цього питання.

Якщо жінка перебуває в зареєстрованому шлюбі, то для проведення процедури штучного переривання вагітності необхідно отримати письмову згоду її чоловіка. В іншому випадку, якщо біологічний батько дитини невідомий, залишити право вирішувати питання стосовно переривання вагітності, у дозволених строках, за жінкою.

Важливим є те, що право на батьківство та материнство, на сьогоднішній день, відображається в чинному законодавстві, як особисте немайнове право подружжя, що є не зовсім доцільним. Оскільки, в такому випадку, як вже зазначалося в цій статті, обмежуються в правах чоловіки та жінки, які є самотні або проживають однією сім'єю та не перебувають в офіційно зареєстрованому шлюбі.

Доречним буде доповнити Главу 20 «Особисті немайнові права фізичної особи» ЦК України нормою, яка б закріпила право на батьківство та материнство за фізичною особою, а не лише за подружжям.

### Список використаної літератури

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/conv#n3122>.
2. Шевченко Я. М. Цивільне право України Академічний курс підручник у 2-х томах. Т. 1. Загальна частина. К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 520 с.
3. Ромовская З. В. Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание, гражданско-правовая защита): Диссертация. 1968. Киев.
4. Драгомирова Ю. В. Право на материнство та батьківство як особисті немайнові права подружжя. *Часопис цивілістики*. № 21. 2016. С. 56-59. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chas\\_2016\\_21\\_14](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chas_2016_21_14).
5. Труба В. І. Класифікація сімейних правовідносин: Монографія. Одеса: Фенікс, 2020. 358 с.
6. Сімейний кодекс України: Закон України № 2947-III URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/conv#n594>.
7. Божко Н. М., Ткаченко Н. М., Вакуленко Т. М. та ін. за заг. ред. В. В. Дубічинського. Сучасний тлумачний словник української мови «ШКОЛА». 2011. С. 1008.
8. Бірюков І. А., Гопанчук В. С., Заїка Ю. О. та ін за заг. ред. В. С. Гопанчука. Сімейне право України. Істина. 2002. С. 356.
9. Ганкевич О. М. Поняття батьківства та материнства у сімейно-правовій доктрині. URL: [file:///C:/Users/38096/Downloads/867-Article%20Text-1710-1-10-20191025%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/38096/Downloads/867-Article%20Text-1710-1-10-20191025%20(4).pdf).
10. Москалюк В. М. Право на материнство (батьківство) за Сімейним кодексом України. Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України. Збірник наукових праць за матеріалами круглого столу. Київ. 2006. С. 124-129.
11. Ромовська З. В. Українське сімейне право. Київ. 2009. С. 500. URL: [https://library.nlu.edu.ua/POLN\\_TEXT/POSIBNIKI/NMP\\_0018.pdf](https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/POSIBNIKI/NMP_0018.pdf)

12. Ієвіня О. В. Право на материнство та батьківство як особисті немайнові права подружжя. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2. С. 97-100.
13. Дутко А. Сучасний стан правового регулювання особистих немайнових прав та обов'язків подружжя. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки*. 2019. № 21. С. 190-196.
14. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 10.01.2002 р. № 2801-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text>.
15. Порядок надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під час небажаної вагітності, форм первинної облікової документації та інструкцій щодо їх заповнення. Наказ МОЗ № 423 від 24.05.2013 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1095-13#Text>.
16. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Патон проти Сполученого Королівства» від 13 травня 1980 року. URL: [http://medicallaw.org.ua/uploads/media/09\\_02.pdf](http://medicallaw.org.ua/uploads/media/09_02.pdf).
17. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення рівних можливостей матері та батька у догляді за дитиною: Закон України від 15.04.2021 р. № 1401-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-20#Text>.
18. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>.
19. Красицька Л. В. Визначення походження дитини від матері. *Вісник ХНУВС*. 2017. № 3. С. 172-180 URL: [file:///C:/Users/38096/Downloads/UBnpCtIPF9KFKIUpqTa8\\_tUSGWA1m575.pdf](file:///C:/Users/38096/Downloads/UBnpCtIPF9KFKIUpqTa8_tUSGWA1m575.pdf).

## References

1. The Civil Code of Ukraine: Law of Ukraine of January 16, 2003, № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/conv#n3122> [in Ukrainian].
2. Shevchenko Ya. M. (2003). Civil Law of Ukraine Academic course textbook in 2 volumes Vol. 1 General Part Concern «In Yure Publishing House». 520 p. [in Ukrainian].
3. Romovskaya Z. V. (1968). Personal non-property rights of USSR citizens (concept, types, classification, content, civil law protection): thesis. Kyiv. [in Russian].
4. Dragomirova Ya. V. (2016). The right to motherhood and fatherhood as personal non-property rights of spouses. *Journal of Civilization*. № 21. С. 56-59. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chac\\_2016\\_21\\_14](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chac_2016_21_14) [in Ukrainian].
5. Truba V. I. (2020). Classification of family legal relations: monograph. Odesa: Fenix, 358 p. [in Ukrainian].
6. Family Code of Ukraine: Law of Ukraine № 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/conv#n594> [in Ukrainian].
7. Bozhko N. M., Tkachenko N. M., Vakulenko T. M. et al. under the editorship of Dubichynsky V. V. (2011). Modern Explanatory Dictionary of the Ukrainian Language «School». 1008 p. [in Ukrainian].
8. Biriukov I. A., Gopanchuk V. S., Zaika Yu. O. (2002). et al. Family Law of Ukraine. Istyna. p. 356 [in Ukrainian].
9. Gankevych O. M. The concept of paternity and maternity in family law doctrine. URL: [file:///C:/Users/38096/Downloads/867-Article%20Text-1710-1-10-20191025%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/38096/Downloads/867-Article%20Text-1710-1-10-20191025%20(4).pdf) [in Ukrainian].
10. Moskaliuk V. M. (2006). The right to motherhood (fatherhood) under the Family Code of Ukraine. Scientific principles and practice of application of the new Family Code of Ukraine. Collection of scientific papers based on the materials of the round table. Kyiv. 124-129 [in Ukrainian].
11. Romovska Z. V. (2009). Ukrainian family law. Kyiv. P. 500. URL: [https://library.nlu.edu.ua/POLN\\_TEXT/POSIBNIKI/NMP\\_0018.pdf](https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/POSIBNIKI/NMP_0018.pdf). [in Ukrainian].
12. Ievinya O. V. (2011). The right to motherhood and fatherhood as personal non-property rights of spouses. *University scientific notes*. № 2. 97-100 [in Ukrainian].
13. Dutko A. (2019). The current state of legal regulation of personal non-property rights and obligations of spouses. *Bulletin of Lviv Polytechnic National University. Legal Sciences*. № 21. 190-196. [in Ukrainian].



14. Fundamentals of the legislation of Ukraine on health care: Law of Ukraine of 10.01.2002. № 2801-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text>. [in Ukrainian].
15. Procedure for providing comprehensive medical care to a pregnant woman during an unwanted pregnancy, forms of primary accounting documentation and instructions for filling them out. Order of the Ministry of Health № 423 of 24.05.2013. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1095-13#Text>. [in Ukrainian].
16. Judgment of the European Court of Human Rights in the case of Paton v. the United Kingdom of May 13, 1980. URL: [http://medicallaw.org.ua/uploads/media/09\\_02.pdf](http://medicallaw.org.ua/uploads/media/09_02.pdf) [in Ukrainian].
17. On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Ensuring Equal Opportunities for Mothers and Fathers in Child Care: Law of Ukraine of 15.04.2021. № 1401-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-20#Text> [in Ukrainian].
18. Labor Code of Ukraine of 10.12.1971. № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text> [in Ukrainian].
19. Krasnytska L. V. (2017). Determining the origin of the child from the mother. *Bulletin of KhNUIA*. № 3. P. 172-180: URL: [file:///C:/Users/38096/Downloads/UBnpCtIPF9KFKIUpqTa8\\_tUSGWA1m575.pdf](file:///C:/Users/38096/Downloads/UBnpCtIPF9KFKIUpqTa8_tUSGWA1m575.pdf) [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

*A. R. Yatsiuk*, Postgraduate Student, Jurisconsult  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
the Department of Civil Law Disciplines  
Francuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: [anastasia.yacyuk@gmail.com](mailto:anastasia.yacyuk@gmail.com)

## THE RIGHT TO PATERNITY AND MATERNITY AS PERSONAL NON-PROPERTY RIGHTS

### Summary

The relevance of the topic is due to the novelty of the topic, its importance for the development of family law science and legislation in this area.

The article provides a systematic analysis of the right to fatherhood and motherhood as a personal non-property right. The author conducts a systematic analysis of such categories as «motherhood» and «fatherhood» in the modern science of family law in Ukraine.

The author substantiates the need to enshrine in the current legislation a single legal definition of «paternity» and «maternity» in accordance with European standards. The author proposes to consider the right to paternity and maternity as a personal non-property right of women and men, regardless of their marital status. The author also proposes to enshrine at the legislative level the right of men to participate in the decision on artificial termination of pregnancy.

In a detailed analysis of a woman's right to motherhood, the author identifies and analyzes the constituent elements of such a right, namely: the right to pregnancy and health care during pregnancy, provision of health care during childbirth; the right to terminate pregnancy and rights after the birth of a child, in particular, certain social guarantees for women who have given birth to a child. At the same time, given the European vector of development of our country, the author proposes to reform certain provisions of legislation and to equalize the rights of men and women in this area. The author analyzes the changes that have occurred in the legislation of our State in the field of social guarantees for men and women after the birth of a child.

At the same time, the article highlights several issues that need to be detailed and clarified by the legislator in the area of realization by men and women of their right to paternity and maternity with the help of assisted reproductive technologies.

**Keywords:** personal non-property rights, right to paternity, right to maternity, personal non-property rights of spouses, assisted reproductive technologies, artificial termination of pregnancy.



DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2023.49.276017>

УДК 341.3:341.3:349.6

*О. М. Борщевська*, канд. юрид. наук, доцент  
Одеський національний морський університет  
Кафедра цивільного і трудового права  
вул. Мечникова, 34, Одеса, 65029, Україна  
e-mail: elennika2098@gmail.com  
ORCID ID: 0000-0003-2549-429X

### ПУБЛІЧНО-ПРАВОВІ ТА ПРИВАТНОПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ДЕФІНІЦІЇ «ЕКОЦИД» ПІД ЧАС ВІЙСЬКОВОЇ АГРЕСІЇ

В статті розглядаються питання, які стали актуальними під час військової агресії росії в Україні, а саме екоциду. Надається порівняльний аналіз складу злочину «екоцид» та «екоцид під час військових дій», аргументується необхідність розмежування цих понять, оскільки акцент робиться в цих випадках на нюанси визначення об'єкту злочину, його об'єктивну сторону, суб'єктивну сторону та суб'єкт. Вказується, що розмитість поняття «екоцид» через оціночні судження не дозволяє в повному обсязі притягти до відповідальності винних осіб.

Надається більш розлоге визначення екоциду з огляду на військові дії, які відбуваються сьогодні в Україні через агресію росії, підкреслюючи наявну сьогодні позицію щодо оціночних суджень, які не мають місце бути в кримінальному праві та можуть надати змогу військовим злочинцям заперечувати майже щодо кожного випадку злочину. Обґрунтовується позиція щодо доцільності закріплення на законодавчому рівні окремої статті «екоцид під час війни».

Також, окрім публічно-правових характеристик екоциду звертається увага на необхідність відшкодування шкоди, яка завдана через інструменти приватноправового характеру.

Висвітлюються питання колективної відповідальності, яка, зазвичай, не властива кримінальному праву, але за деяких умов більш ефективна ніж особиста відповідальність, наприклад, у випадку екоциду під час військових дій.

Пропонується у випадку визнання держави агресором, терористом, за ознаками, в примусовому порядку без ратифікування будь-яких конвенцій з її боку, вводити до неї миротворчий контингент тих країн, які визначилися щодо її протиправного статусу.

Проводяться дослідження щодо проблематики екоциду з позицій міжнародного законодавства, зокрема, Римського Статуту, розглядаються позиції щодо перспектив ратифікування Україною цього міжнародного нормативного акту.

**Ключові слова:** екоцид, міжнародний злочин, військова агресія, відшкодування шкоди, навколишнє природне середовище.

**Постановка проблеми.** З початку військової агресії росії проти України 24 лютого 2022 року, майже відразу, поміж інших глобальних злочинів, гостро стала проблема екоциду – злочину, який безпосередньо полягає у завданні шкоди

навколишньому природному середовищу. Слід зазначити, що, як такий, термін дуже рідко використовується в міжнародному та вітчизняному українському екологічному та кримінальному праві. Це, зазвичай, пов'язується з характерними ознаками цього складу злочину, який полягає у навмисному спричиненні шкоди навколишньому природному середовищу.

В статті розглядаються питання екоциду, як злочину, який повинен стати п'ятим серед тяжких злочинів, який має розглядатися Міжнародним кримінальним судом. Наразі розвиток теоретичної бази є досить необхідним з огляду наступного його застосування в рамках військової агресії росії в Україні. Розглядається дефініція складу злочину "екоцид" в Кримінальному кодексі України, але яка має застосовуватися до мирного часу. Але зазначається, що наразі таке визначення може нівелювати відповідальність країни-агресора через розмиті визначення, оціночні судження та недосконалість практичного застосування. Цікавими є поєднання української наукової думки з думками закордонних вчених щодо екоциду та пропозиція поєднання приватноправових та публічно-правових аспектів визначення дефініції "екоцид" на законодавчому рівні для подальшого застосування в національному та міжнародному законодавстві.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питаннями дослідження екоциду, з огляду на нерозповсюдженість застосування санкцій за цей злочин, займалися не так багато вчених. Серед них можна визначити таких вчених, як К. Амбос, Г. В. Габрелян, Т. Садова, В. Уколова, Х. Фойгт та ін. Але, вони досліджували правовідносини екоциду до створення прецеденту загрози екоциду під час військової агресії, зокрема росії в Україні. Тому їх праці в цьому сенсі носять узагальнюючий характер.

**Мета статті.** На сьогоднішній час невирішеними залишаються проблеми відшкодування наслідків екоциду, як на вітчизняному, так і на міжнародному рівні, оскільки це стосується таких оціночних понять як екологічний та антропогенний ризик, які неможливо визначити за допомогою калькуляції. Такі категорії вимагають більш ретельного дослідження з точки зору масштабності проблеми нанесення шкоди навколишньому природному середовищу. Для цього застосовуються історико-правовий метод, метод порівняльного аналізу, поєднання логіко-емпіричних методів дослідження та традиційних імперативних та диспозитивних методів, що обґрунтовують тему дослідження.

Тому, з огляду на сучасну ситуацію, яка розгортається в Україні під час військових злочинів росії, очевидним стає факт екоциду по відношенню не тільки до України, а й для багатьох країн світу, так як особливістю навколишнього природного середовища, поміж іншого, є його необмеженість кордонами країн. Тому, важливим аспектом висвітлення мети та проблематики цієї статті є можливість визначення поняття екоцид під час військової агресії росії, подолання наслідків екоциду, формування превентивних заходів щодо недопущення подальших шкідливих дій щодо навколишнього природного середовища в перспективі. Матеріалами дослідження є низка міжнародних актів, які стосуються захисту навколишнього природного середовища, які потрібно адаптувати до часу війни.

**Виклад основного матеріалу.** Вивчаючи взагалі дефініцію «екоцид», слід зазначити, що його визначення як складу злочину міститься в статті 441

Кримінального кодексу України та визначається як «масове знищення рослинного або тваринного світу, отруєння атмосфери або водних ресурсів, а також вчинення інших дій, що можуть спричинити екологічну катастрофу» [1]. Звісно, таке поняття, оскільки воно міститься в Кримінальному кодексі України, не може мати двозначних тлумачень та сприйматися через оціночні судження. Тут мається на увазі сама сутність тих дій, що тільки можуть спричинити екологічну катастрофу чи вже спричинили. Наразі третина українських земель вже постраждали від війни. Ґрунти сильно пошкоджені: в середньому на кожні 100 га землі зараз знаходиться 50 тон металу та хімічних сполук. На відновлення, за приблизними підрахунками, знадобиться щонайменше сотні років. Це стосується не тільки земель. Насамперед, можна навести приклади тих екологічних злочинів, що спричинила росія в Україні через військове вторгнення в нашу країну. Так, окупація об'єктів Чорнобильської АЕС російськими військами та технікою, зокрема, сховища відпрацьованого ядерного палива та об'єкту «Укриття» - підвищення радіаційного фону навколо зони відчуження; ракетний обстріл російськими військами в напрямку дамби Київського водосховища, спричинило руйнацію дамби та загрози затоплення Києва та небезпеку для інших дамб нижче по Дніпру; російськими вакуумними бомбами обстріляний нафтовий склад в м. Охтирка – підірвані ємності нафтового складу; обстріли ядерної установки Харківського фізико-технічного інституту, який має статус ядерного агента – створено загрозу руйнації об'єкта, через що, є загроза виходу назовні ядерного палива та радіоактивних елементів; після трагедії в Маріуполі та Бердянську через російську окупацію існує загроза вимирання Азовського моря, а фауна Чорного моря знаходиться на межі виживання, через мінування росією вод Чорного моря та забруднення ракетним та іншим видом палива, й шумові хвилі незвичні для морських мешканців і, триваюча досі загроза щодо постійних обстрілів з боку росії та розміщення на базі Запорізької АЕС військової техніки росіян, свідомо може спричинити екологічну катастрофу світового масштабу.

Тому, на сьогодні найактуальнішим не тільки для України, а й для світової спільноти, є протистояння загрозі екоциду з боку росії, й не тільки наданням відсічі. Але й в законодавчому регулюванні питань профілактики (прийняття законів) та відшкодування шкоди спричиненої екоцидом.

Досліджуючи таку правову конструкцію, треба ретельно визначити, яким чином можна дізнатися про те, що дії можуть спричинити екологічну катастрофу і що таке саме екологічна катастрофа в уявленні законодавця.

Цікаве тлумачення надається цій статті через розуміння під «іншими шкідливими діями дії щодо тваринного і рослинного світу, атмосфери і водних ресурсів або дії щодо інших природних об'єктів (наприклад, землі та її надр), або щодо навколишнього природного середовища взагалі (наприклад, руйнування озонового шару). Ззначається, що кожна із зазначених у статті 441 Кримінального кодексу України дій характеризується тим, що вона сама по собі може спричинити екологічну катастрофу. Це має принципове значення для відмежування цього злочину від інших злочинів проти довкілля, передбачених статтями 236-254 Кримінального кодексу України.

Екологічна катастрофа - це особливо тяжкі наслідки, які повинні визначатися в кожному конкретному випадку з урахуванням певних критеріїв: 1) велика

площа території, на якій відбулися несприятливі зміни в навколишньому середовищі; 2) суттєве обмеження або виключення життєдіяльності людини або життя рослин чи тварин на певній території; 3) тривалість несприятливих змін у навколишньому середовищі або їх невідворотність; 4) істотні негативні зміни в екологічній системі, наприклад, зникнення окремих видів тварин або рослин, зміна кругообігу речовин або інших біологічних процесів, які мають значення для екосистеми в цілому» [2].

Відносно до ситуації, яка відбувається наразі під час війни з росією, з її агресивними діями по відношенню до України, а зокрема, й до довкілля, дуже слушним є дослідження саме з цих позицій тих злочинів, які коїть росія.

Слід наголосити, що при дослідженні питань, пов'язаних з екоцидом, більшість вчених орієнтувалося на мирні часи та не приділялося уваги взагалі екоциду, з точки зору притягнення до відповідальності військового агресора, який є джерелом тієї шкоди.

Дослідники, вивчаючи теоретичні поняття екоциду зазначають, що екоцид вважається закінченим, коли вчинено будь-яке із зазначених вище дій, яке могло спричинити екологічну катастрофу. Тобто чи то 1) велика площа території, на якій відбулися несприятливі зміни в навколишньому середовищі; 2) суттєве обмеження або виключення життєдіяльності людини або життя рослин чи тварин на певній території; 3) тривалість несприятливих змін у навколишньому середовищі або їх невідворотність; 4) істотні негативні зміни в екологічній системі, наприклад, зникнення окремих видів тварин або рослин, зміна кругообігу речовин або інших біологічних процесів, які мають значення для екосистеми в цілому. Але, все це не є чітко окресленими поняттями та має характер оціночних суджень, які не мають місце бути в кримінальному праві та нададуть змогу військовим злочинцям заперечувати майже щодо кожного вищезначеного пункту.

Тому, вважається за доцільне, закріпити на законодавчому рівні окрему статтю «екоцид під час війни».

Слід зазначити, що особливістю загальної конструкції злочину екоциду в мирних умовах є його відмінність від типових формальних складів. Притягуючи до відповідальності за цією статтею, треба встановити на практиці крім діяння ще й створення цим діянням реальної, а не потенційної небезпеки, настання наслідків у вигляді екологічної катастрофи. Для порівняння – в інших злочинах проти довкілля необов'язкове настання екологічної катастрофи, для того щоб злочин був визнаний закінченим.

Щодо суб'єктивної сторони це безперечно умисний злочин. Щодо суб'єкта, то в Кримінальному кодексі України визначається суб'єктом особа, яка досягла 16-річного віку. Такий підхід до суб'єктного складу є досить слушним в мирний час. Але під час війни слід визначити, на погляд автора, суб'єкт.

Складність полягає в тому, що на рівні України в нас до кримінальної відповідальності може притягатися лише фізична особа. Окремі питання колективної відповідальності розглядалися О. Борщевською та О. Івановою щодо доцільності поєднання інструментів кримінальної відповідальності та цивільно-правової відповідальності як симбіозу інститутів компенсування збитків та покарання за скоєний злочин, а також доцільності введення поряд зі злочинами проти національної безпеки, які передбачають заходи кримінально-

правового характеру для юридичних осіб, включити й статті Кримінального кодексу України, які передбачають кримінальну відповідальність за злочини проти довкілля, передбачивши при певних умовах заходи кримінально-правового характеру для юридичних осіб [3, р. 466].

Погоджуючись з авторами, слід визначити, що такий акцент слід робити не тільки на такий суб'єкт як юридичні особи, а ще й на державу, саме в концепті нанесення шкоди, через військову агресію навколишньому природному середовищу.

Але, маючи на увазі, що доктрина кримінального права передбачає використання імперативного методу з позицій владних повноважень держави до суб'єкта злочину, а сама держава (будь-яка) не може бути суб'єктом злочину, повинно вишукати певну конструкцію, яка б задовольняла логічну побудову правової концепції щодо відповідальності за скоєння екоциду під час військової агресії.

Цікавим, наприклад, є досвід Естонії. Пенітенціарний кодекс Естонії [4] у ст. 104, не вказуючи прямо на екоцид, передбачає відповідальність за заподіяння шкоди довкіллю як методу ведення війни. Починаючи із 2015 року, відповідальність за цією статтею покладається на юридичних осіб, які караються грошовим стягненням.

Також, свої пропозиції щодо застосування екоциду встановлює й Польща. Так, в цій країні на кшталт більшості європейських країн існує правило, за яким передбачена можливість прямого застосування міжнародного права щодо злочинності того чи іншого діяння. Так, наприклад, стаття 5 Кримінального кодексу Польщі передбачає межі застосування польського Кримінального закону. Ця концепція полягає у тому, що польське кримінальне законодавство не застосовується, якщо «міжнародним договором, стороною якого є Республіка Польща, встановлено інше» [5].

Найбільш вдалим, і майже облишеним оціночних конструкцій, вбачається визначення екоциду в Кримінальному кодексі Франції в 2021 році. За Кримінальним кодексом Франції екоцид – це усвідомлене завдання шкоди здоров'ю, флорі або фауні, а також забруднення повітря, води або ґрунту в національних масштабах. За такі дії передбачено штраф до 4,5 млн євро та до 10 років в'язниці [6].

Але, виходячи з того, що екологічне право є стратегічною галуззю права, навколишнє природне середовище, зазвичай завдяки глобалізації природних ресурсів не має кордонів, проблему екоциду слід розглядати на більш потужному ієрархічному рівні – на рівні міжнародного права. Так, Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище [7], забороняє учасникам військове або будь-яке інше вороже використання засобів впливу на довкілля, шляхом навмисного управління природними процесами для зміни динаміки, складу і структури Землі, включаючи її біосферу, літосферу, гідросферу, атмосферу або космічний простір. Конвенція забороняє погодну війну, тобто використання методів зміни погоди з метою заподіяння шкоди або руйнування. Додатковим Протоколом I до Женевських Конвенцій у ч. 3 ст. 35 передбачається заборона щодо застосування методів чи засобів ведення воєнних дій, які мають на меті заподіяти або, як можна очікувати, завдадуть широкої, довгочасної та серйозної шкоди природному середовищу [8].



Таке дійсно відбувається наразі в Україні. Зараз Україна вважається самою замінованою країною у світі. Невдовзі як 29 серпня 2022 року російські окупанти гатили по Запорізьській атомній електростанції. Був пробитий дах, в якому зберігається ядерне паливо, тобто місце прильоту було поряд з ядерним реактором. Фосфорні снаряди, ракетне паливо та інше не можуть визнатися добривами чи нейтральними речовинами для навколишнього природного середовища. Більш того, слід зауважувати на те, що в теорії екологічного права розмежується в об'єктивній стороні злочину як економічна, яку можна підрахувати за допомогою калькуляції, екологічна шкода, яку можна визначити лише потенційно, оскільки шкода завдана навколишньому природному середовищу, окремим об'єктам, а поза зоною уваги може залишитися ще об'єкти, які при оцінці шкоди та її аналізі не могли бути враховані, в тому числі, й на віддавлений час (антропогенна шкода).

Тому, більш раціональним та ефективним, у випадках екоциду, вважається звертатися до міжнародних інституцій, які спроможні використовувати правові важелі для нівелювання шкоди та запровадження відповідальності винним.

Наразі такі міжнародні документи існують, але, питома вага розгляду справ з таким складом майже нікчемна.

В світлі цього, постає питання щодо документів більш високої юридичної сили та практики їх застосування для таких складів злочинів. Наприклад, стаття 5 Статуту НАТО каже, що напад на одного з членів альянсу є нападом на всіх його членів (і на кожного зокрема) [9]. Такий цікавий підхід щодо відповідальності саме держави є принагідним з цієї позиції, оскільки як неодноразово вказувалося, екологічна шкода є такою, що спричиняє шкоду в залежності від ступеню тяжкості для багатьох країн, оскільки певні природні ресурси – вода, повітря, тварини, тощо, не визнають адміністративно-територіальних меж, де був скоєний злочин, а за законами природи розносять забруднення по природним коридорам. Звісно, Україна не є країною-членом НАТО, але користуючись такою формулою можна легко припустити, а потім збирати докази щодо нанесення екологічної шкоди на території країн-членів НАТО, які межують з територією України.

Але, тут слід зазначити на декілька проблем. По-перше, Статут НАТО це міжнародний документ, мета якого організаційно-декларативний виклад позицій щодо діяльності альянсу, а, по-друге, він не є спеціальним документом, який би регулював питання відповідальності злочинця. Він може бути лише допоміжним документом, на який спираються країни-члени НАТО задля використання принципу колективної оборони, та полягає в тому, що напад на будь-яку з держав-членів Альянсу розглядається як напад на них усіх. Але, про екоцид звісно мова не йде.

Взагалі у міжнародному кримінальному праві термін «екоцид» офіційно не застосовується. Така заборона, зокрема, передбачена у Додатковому протоколі I до Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 р. [10] і Конвенції про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого застосування засобів впливу на природне середовище 1976 р. [11]

Нещодавно науковці запропонували внести зміни в статтю 8 щодо екоциду до Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (МКС). Вони наголошували, що взагалі, Статут стосується злочинів, які вважаються такими,



що становлять міжнародний інтерес і актуальність, і тому, як вважається, настав час розширити захист серйозної шкоди навколишньому середовищу, яка вже визнана предметом міжнародного занепокоєння. Тому вони прописали, що «для цілей цього Статуту «екоцид» означає незаконні або необдумані дії, вчинені з усвідомленням того, що існує значна ймовірність серйозного та широкого чи довготермінового збитку навколишньому середовищу викликані цими діями.

2. Для цілей пункту 1:

а. «Нерозумно» означає безрозсудне ігнорування шкоди, яка була б явно надмірною по відношенню до очікуваних соціальних та економічних вигод;

б. «Серйозний» означає пошкодження, яке включає дуже серйозні несприятливі зміни, порушення або шкоду будь-якому елементу навколишнього середовища, включаючи серйозний вплив на життя людини або природні, культурні чи економічні ресурси;

в. «Широке поширення» означає пошкодження, яке поширюється за межі обмеженої географічної області, хрести державних кордонів, або страждає ціла екосистема чи вид, або велика їх кількість, людські істоти;

д. «Довгостроковий» означає шкоду, яка є незворотною або яку неможливо відшкодувати, природне відновлення протягом розумного терміну;

«Довкілля» означає Землю, її біосферу, кріосферу, літосферу, гідросферу та атмосферу, а, також, космічний простір [12].

Знову, не можна побачити чіткості формулювань щодо визначення на практиці цього злочину та окреслення його суб'єктів.

Більш того, Міжнародний кримінальний суд може розглядати справи за трьох умов:

- Держава підписала та ратифікувала Римський Статут;
- Рада Безпеки ООН передає справу до Міжнародного кримінального суду;
- Держава-учасниця Римського Статуту сама ініціює справу в Міжнародному кримінальному суді.

Але, Україна досі не ратифікувала Римський Статут. До війни цього зроблено не було, але наразі це єдиний механізм притягнення росії до відповідальності на міжнародному рівні за скоєні злочини в Україні, в тому числі, й екоцид, який, до речі, ще не внесено в Римський Статут.

Необхідно підкреслити, що ратифікація Статуту є зобов'язанням України згідно зі статтями 8 і 24 Угоди про асоціацію з ЄС [13]. Але, Україна повинна була привести внутрішнє законодавство (зокрема, Кримінальний кодекс України) у відповідність до норм Статуту. На це спрямований Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» № 2689 від 27 грудня 2019 року, який було прийнято 20 травня 2021 року [14]. Однак, станом на сьогодні, він ще не підписаний Президентом України, а, отже, не набув чинності.

По суті, це майже нічого не вирішує, оскільки змін, щодо екоциду, не було внесено в цей Статут і не підписаний Законопроект України № 2689. Хоча, у попередньому моніторингу впливу на довкілля Програма ООН з довкілля попередила, що Україна залишиться з токсичною екологічною спадщиною для прийдешніх поколінь [15].

Включення екоциду до Римського Статуту додасть до міжнародного кримінального права новий злочин, це буде першим, прийнятим з 1945 року. Він



Так, щодо розмежування сфер застосування міжнародного гуманітарного права та міжнародного права прав людини, Міжнародний суд ООН висловив своє ставлення до цього питання в консультативному висновку відносно законності погрози ядерною зброєю та її застосування [16].

У цьому консультативному висновку Судом було сформовано принцип *lex specialis* міжнародного гуманітарного права стосовно міжнародного права прав людини, а саме, що під час збройних конфліктів, перевага в регулюванні правовідносин надається міжнародному гуманітарному праву, тоді як міжнародне право прав людини, маючи постійно широкую сферу застосування як у мирний час, так й під час збройних конфліктів, має менший вплив та ступінь правової деталізації. Тобто, міжнародне гуманітарне право більш специфічно регулює ті права та свободи людини, які виникають в неї лише з настанням юридичного факту – початком та/або закінченням збройного конфлікту.

Так, Законом України від 22 травня 2022 року № 2265-IX «Про заборону пропаганди російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії Російської Федерації як держави-терориста проти України, символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну» росію було визнано державою-агресором [17] та Україна закликала й інші країни визнати росію країною-агресором. Якщо на міжнародному рівні це буде зроблено, то норми міжнародного гуманітарного права будуть мати вищий пріоритет в розв'язанні питань щодо злочинів рф, в тому числі й екоциду. Також, слід зауважити, що життя та здоров'я людини є тільки частиною предмета злочину «екоцид», оскільки визначення екоциду є значно ширшим й направлено на завдання шкоди навколишньому природному середовищу. Але людина може бути як суб'єктом, так і об'єктом навколишнього природного середовища. Тобто навколишнє природне середовище та людина з її природними правами розглядаються як загальне та приватне. Тому, можна говорити в рамках об'єкта злочину екоцид й про людину та її права на безпечне навколишнє середовище, а разом з цим, на право на життя та здоров'я.

Слід зазначити, що як і всі інші права людини, право на здоров'я передбачає три рівні зобов'язань для держав: поважати (утримуватися від безпосереднього перешкоджання здійсненню права); захищати (перешкоджати іншим втручатися у здійснення права); і реалізувати (вживати заходів для забезпечення реалізації найбільш можливого рівня виконання цього права). І такі принципи рівнів зобов'язань є непорушними в рамках теоретичних досліджень та практичної реалізації їх.

Особливо слід звернути увагу на статтю 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права, що вміщує право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я [18]. Це право, так само як й інші економічні, соціальні й культурні права, має розглядатися в довгостроковій перспективі, що з очевидністю впливає із загального зобов'язання, передбаченого ст. 2 (1) цього Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права, згідно з яким, кожна держава, яка бере участь у цьому Пакті, зобов'язується в індивідуальному порядку і в порядку міжнародної допомоги та співробітництва, зокрема, в економічній і технічній галузях, вжити в максимальних межах наявних ресурсів заходів для того, щоб забезпечити

поступово повне здійснення визнаних у цьому Пакті прав усіма належними способами, включаючи, зокрема, вжиття законодавчих заходів. На підставі цього, Україна може ініціювати перед міжнародною спільнотою захист прав українців щодо спричинених злочинними діями росії злочинів, зокрема екоциду. Свого часу, Комітет з економічних, соціальних і культурних прав ООН видав Зауваження загального порядку № 14, в якому розтлумачив різні компоненти права на здоров'я та конкретних зобов'язань, що впливають зі ст. 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права.

Цікавим в рамках відповідальності є пункт 40 цих Зауважень, який приписує обов'язок державам-учасникам згідно зі Статутом Організації Об'єднаних Націй і відповідними резолюціями Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй і Всесвітньої асамблеї охорони здоров'я нести не тільки індивідуальну, а й колективну відповідальність за налагодження співпраці в справі надання допомоги у разі стихійних лих і гуманітарної допомоги в надзвичайних ситуаціях, в тому числі, допомоги біженцям і внутрішнім переміщеним особам. Тобто, питання колективної відповідальності не відкидаються їй, тому, це може стати запорукою визначення суб'єкта злочину екоцид на рівні держави-агресора.

Відомо, що не тільки на теоретичному рівні вивчаються питання розгляду злочину «екоцид» як злочину, який скоїла вся держава по відношенню до навколишнього природного середовища іншої держави чи держав, а це включає життя та здоров'я людей. Так, практикуючий юрист професор К. Амбос акцентував увагу на корисності окремого визначення «екоциду», вказуючи, що «основні існуючі міжнародні злочини, які мають екологічний компонент і на якому частково заснований проект ухвали щодо екоциду». Професор К. Амбос конкретно посилається на статтю 8 (2) (b) (iv) РС Міжнародного кримінального суду, в якій надане визначення міжнародного воєнного злочину проти довкілля [19]. Як наслідок, він розцінює екоцид як рівнозначне міжнародному воєнному злочину проти довкілля правове явище.

Але, Х. Фойгт зазначав, що нанесення шкоди природному навколишньому середовищу, в тому числі, й нанесення шкоди, пов'язане із воєнними діями, є досить обмеженим, оскільки воно не враховує шкоду довкіллю, яка може бути завдана в мирний час [20]. Як наслідок, важливою ознакою злочину екоциду є здійснення його як під час збройного конфлікту, так і в мирний час. Цей злочин спрямований на те, щоб підірвати або знищити подібне середовище і, таким чином, викликати погіршення добробуту населення, його здоров'я, або спровокувати повне або часткове вимирання населення.

У міжнародному праві також існує підхід, за яким під екоцидом розуміється використання геофізичних, метеорологічних та інших засобів з метою зміни динаміки, складу чи структури Землі, включаючи її біосферу, літосферу, гідросферу та атмосферу, а також космічний простір, що може потягнути або потягло масове знищення рослинного або тваринного світу, отруєння атмосфери, водних ресурсів або інші тяжкі наслідки [21].

Так, відповідно до статті 1 Конвенції «Про оцінку впливу на навколишнє середовище у транскордонному контексті» встановлений обов'язок не вдаватися до воєнного або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на навколишнє природне середовище, «які мають широкі, довгострокові або

серйозні наслідки, як способів руйнування, нанесення шкоди або спричинення шкоди будь-якій іншій державі-учасниці». Термін «засоби впливу на природне середовище» відноситься до будь-яких засобів для зміни шляхом навмисного управління природними процесами, динаміки, складу або структури Землі, включаючи її біосферу, літосферу, гідросферу і атмосферу, або космічного простору [22].

«Одночасний розвиток міжнародного права захисту навколишнього середовища та порушення принципу заборони застосування сили викликають питання чи ці явища дають уявлення про загальне розуміння міжнародного права» [23].

Тому, в сучасних умовах політично-нестабільної ситуації, велике занепокоєння викликає позиціонування росією свого нехтування міжнародним правом, зокрема, це було закріплено у федеральному законі від 08 грудня 2020 року № 428-ФЗ «Про внесення змін в окремі законодавчі акти російської федерації в частині недопущення застосування правил міжнародних договорів російської федерації в тлумаченні, яке суперечить конституції російської федерації». Тобто країна, яка потенційно може нанести шкоду своїми діями, також може, посилаючись на своє національне законодавство, яке не визнає пріоритет міжнародного права, безкарно не дотримуватися міжнародних Конвенцій на свій розсуд, зокрема, направлених на екологічну безпеку морського середовища.

Проте «програма ООН з навколишнього середовища (ЮНЕП) провела понад двадцять постконфліктних оцінок з 1999 року, використовуючи сучасну науку для визначення впливу війни на навколишнє середовище. З Косово до Афганістану, Судану та сектору Газа ЮНЕП виявила, що збройний конфлікт завдає значної шкоди навколишньому середовищу та громадам, які залежать від природних ресурсів. Прямі та непрямі екологічні збитки, призводять до екологічних ризиків, які можуть загрожувати здоров'ю людей, життю та безпеці» [24].

На сьогодні в Україні досить актуальним стає розвиток такої галузі права як міжнародне гуманітарне право, яка є частиною міжнародного публічного права та застосовується під час збройних конфліктів, з метою обмеження засобів та методів ведення воєнних дій, що надає навколишньому середовищу як загальний, так і спеціальний захист. За загальним положенням «природне середовище має цивільний характер і не може бути атакованим, за винятком, коли воно перетворюється на військову ціль, про що закріплюється у Конвенції про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище» [25].

З тлумачень положень Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. про неможливість виконання та докорінну зміну обставин (статті 61 та 62) випливає, що «війна не є підставою для автоматичного припинення дії договорів, у тому числі, природоохоронних, сторонами яких учасники збройного конфлікту стали в мирний час» [26]. Але, деякі країни, ратифікуючи цю Конвенцію визначили для себе необов'язковість певних статей щодо виконання. Таким чином, виникає колізія між ратифікацією такого міжнародного акту та виключення для виконання певних його норм.

З огляду на це, важливими важелями дотримання екологічної безпеки та превенцією екологічних ризиків є усвідомлення того, що завдаючи шкоду







екоцидом на міжнародному рівні. Відповідно, немає механізму притягнення до відповідальності корпоративних і державних осіб, які приймають злочинні для довкілля рішення, що спричинили розливи нафти, зникнення лісів, забруднення світового океану тощо. Включення екоциду в міжнародне право дозволить здійснювати судове переслідування екологічних злочинців, навіть на рівні держав-агресорів.

2. Ратифікувати Україною Римський Статут для розгляду справ щодо екоциду через збройну агресію росії в Україні.

3. Передбачити колективну відповідальність резидентів країни-агресора за злочини, які скоєні цією державою через агресивні воєнні дії з її боку.

4. Визначити нову редакцію складу злочину «Екоцид під час збройних конфліктів», а, саме, «Екоцид – масове нанесення будь-якої економічної, екологічної та антропогенної шкоди навколишньому природному середовищу, в тому числі, життю та здоров'ю людей, їх праву на безпечне навколишнє середовище, внаслідок ведення агресивних воєнних дій країною, яка порушила територіальні кордони». Таким чином, визначивши об'єкт – в цілому навколишнє природне середовище, а також, зокрема, життя, здоров'я людини та її права на безпечне довкілля, об'єктивну сторону – як шкоду економічну, екологічну та антропогенну, яка є наслідком екоциду, суб'єктивну сторону у вигляді умислу за замовченням, оскільки перетинання кордону іншої держави чи фізично, чи за допомогою зброї, вже передбачає настання наслідків екоциду, а також суб'єкт – державу-агресора (колективна відповідальність).

5. Ввести в обіг міжнародного гуманітарного права опцію, якщо держава визнається агресором, терористом, за ознаками, то, в примусовому порядку без ратифікування будь-яких конвенцій з її боку, потрібно вводити до неї миротворчий контингент тих країн, які визначилися щодо її протиправного статусу. Навіть якщо країна-агресор не ратифікувала такої конвенції. Це повинно бути закріплено на міжнародному рівні. Принципи демократії з цього боку є неприпустимими, оскільки тільки зволікають та гають час, так необхідний для приборкання агресії, яка погрожує світу (публічно-правовий аспект), а з боку відшкодування шкоди, в тому числі, й за спричинений екоцид – примусове обов'язкове відшкодування (приватноправовий аспект).

### **Список використаної літератури**

---

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року зі змінами та доповненнями. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
2. Коментар до Кримінального кодексу України. URL: <http://mego.info/%D0%BC%D0%B0%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%96%D0%B0%D0%BB/%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%82%D1%8F-441-%D0%B5%D0%BA%D0%BE%D1%86%D0%B8%D0%B4>.
3. Olena Borschevska, Olga Ivanova. Development of Scientific Schools of Odessa National Maritime University to the 90th Anniversary of Odessa National Maritime University 1930–2020 - Riga : Izdevnieciba «Baltija Publishing», 2020, p. 448-466. URL: <https://doi.org/10.30525/978-9934-588-86-0.22>.
4. Пенитенциарный кодекс Эстонской республики. Принят 06.06.2001. URL: <https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/ПЕНИТЕНЦИАРНЫЙ%20КОДЕКС%2031.05.2021.pdf>.
5. Kodeks Karny USTAWA z dnia 6 czerwca 1997. № 88 poz. 553 Kancelaria Sejmu. Ас-

- cess mode: URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970880553/U/D19970553Lj.pdf>.
6. Парламент Франції одобрив тюремне покарання за екоцид. URL: <https://www.dw.com/ru/parlament-francii-odobril-tjurennoe-nakazanie-za-jekocid/a-57429523>.
  7. Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище від 05.10.1978 р. База даних «Законодавство України». URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_258#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_258#Text).
  8. Додатковий протокол до Женевських Конвенцій від 12.08.1949 року, який стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (протокол 1), прийнятий на 1 дипломатичній конференції у Женеві 08.06.1977 р. URL: [https://www.icrc.org/ru/doc/assets/files/2013/ap\\_i\\_.pdf](https://www.icrc.org/ru/doc/assets/files/2013/ap_i_.pdf).
  9. Статут НАТО від 4 квітня 1949 рік. URL: [https://www.nato.int/cps/uk/natolive/official\\_texts\\_17120.htm](https://www.nato.int/cps/uk/natolive/official_texts_17120.htm).
  10. Додатковий протокол I до Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MU77003>.
  11. Конвенції про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого застосування засобів впливу на природне середовище 1976 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_266#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_266#Text).
  12. Independent expert panel for the legal defenition of ecocide commentary and core text june 2021. URL: <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201d03407f/1624368879048/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+rev+6.pdf>.
  13. Угода про асоціацію з ЄС. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/t222067>.
  14. Провнесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного, кримінального та гуманітарного права: Закон України від 27 грудня 2019 року. URL: [https://ips.ligazakon.net/document/view/gi01084a?an=2&ed=2019\\_12\\_27](https://ips.ligazakon.net/document/view/gi01084a?an=2&ed=2019_12_27).
  15. Саймон Хольфстрем. Екоцид під час війни: ще один злочин, який не повинен залишитися безкарним. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/rus/experts/2022/08/15/7144923>.
  16. Консультативний висновок Міжнародного суду відносно законності погрози ядерною зброєю чи його застосуванням: Міжнародний документ. URL: [www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-ru.pdf](http://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-ru.pdf) (дата звернення: 29.08.2022).
  17. Про заборону пропаганди російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії російської федерації як держави-терориста проти України, символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну: Закон України від 22 травня 2022 року № 2265-IX. URL: <https://document.vobu.ua/doc/13044>.
  18. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права, прийнятий 16 грудня 1966 року Генеральною Асамблеєю ООН. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_042#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text).
  19. Ambos K. Protecting the Environment through International Criminal Law. Blog of the European Journal of International Law. Oxford, 2021. URL: <https://www.ejiltalk.org/protecting-the-environment-through-internationalcriminal-law>.
  20. Voigt C. «Ecocide» as an International Crime: Personal Reflections on Options and Choices. Oxford. 2021. URL: <https://www.ejiltalk.org/ecocide-as-aninternational-crime-personal-reflections-on-options-and-choices>.
  21. Коментар до Кримінального кодексу України. URL: <http://yurist-online.com/ukr/uslugi/yuristam/kodeks/024/438.php>.
  22. Конвенція про оцінку впливу на навколишнє середовище у транскордонному контексті (Конвенція Еспо) від 25 лютого 1991 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_272#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_272#Text).
  23. Krieger H., Nolte G. The International Rule of Law – Rise or Decline? KFG Working Paper Series. No. 1. Berlin, October 2016. URL: <https://www.kfg-intlaw.de/PDF-ftpOrdner/KFG%20Working%20Paper%20No.%201.pdf>.
  24. Товариство Червоного хреста України. Інфо-центр. URL: <https://redcross.org.ua/2019/03>.
  25. Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів

- впливу на природне середовище: Ратифікована 16.05.1978 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_258#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_258#Text).
26. Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_118#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text).

## References

---

1. The Criminal Code of Ukraine dated April 5, 2001 with changes and additions. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> [in Ukrainian].
2. Commentary on the Criminal Code of Ukraine. URL: <http://mego.info/%D0%BC%D0%B0%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%96%D0%B0%D0%BB/%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%82%D1%8F-441-%D0%B5%D0%BA%D0%BE%D1%86%D0%B8%D0%B4>[in Ukrainian].
3. Olena Borschevska, Olga Ivanova (2020). Development of Scientific Schools of Odesa National Maritime University to the 90th Anniversary of Odesa National Maritime University 1930–2020 - Riga : Izdevnieciba “Baltija Publishing”. 448-466. URL: <https://doi.org/10.30525/978-9934-588-86-0.22>.
4. Penitentiary Code of the Republic of Estonia. Adopted on 06.06.2001. URL: <https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seaduses/PENITENTSIARNY%20KODEKS%2031.05.2021.pdf> [in Russian].
5. Code karny USTAWA z dnia 6 czewczna 1997 r. № 88 pos. 553. Kancelaria Sejmu. URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970880553/U/D19970553Lj.pdf>.
6. The France Parliament approves a prison sentence for ecocide. URL: <https://www.dw.com/ru/parlament-francii-odobril-tjuremnoe-nakazanie-za-jekocid/a-57429523> [in Ukrainian].
7. Convention on the Prohibition of Military or Any Hostile Use of Means of Impact on the Natural Environment dated October 5, 1978. Database «Legislation of Ukraine». URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_258#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_258#Text) [in Ukrainian].
8. Additional protocol to the Geneva Conventions dated 12.08.1949, which concerns the protection of victims of international armed conflicts (protocol 1), adopted at the 1st diplomatic conference in Geneva on 08.06.1977. URL: [https://www.icrc.org/ru/doc/assets/files/2013/ap\\_i.pdf](https://www.icrc.org/ru/doc/assets/files/2013/ap_i.pdf) [in Ukrainian].
9. NATO Charter. April 4, 1949. URL: [https://www.nato.int/cps/uk/natolive/official\\_texts\\_17120.htm](https://www.nato.int/cps/uk/natolive/official_texts_17120.htm) [in Ukrainian].
10. Additional Protocol I to the Geneva Conventions for the Protection of War Victims of 1949. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MU77003> [in Ukrainian].
11. Convention on the prohibition of military or any other hostile use of means of influence on the natural environment of 1976. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_266#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_266#Text) [in Ukrainian].
12. Independent expert panel for the legal definition of ecocide commentary and core text June 2021. URL: <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae22.01d03407f/1624368879048/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+rev+6.pdf>
13. Association Agreement with the EU. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/t222067> [in Ukrainian].
14. On making changes to some legislative acts of Ukraine regarding the implementation of the norms of international criminal and humanitarian law: Law of Ukraine dated December 27, 2019. URL: [https://ips.ligazakon.net/document/view/gi01084a?an=2&ed=2019\\_12\\_27](https://ips.ligazakon.net/document/view/gi01084a?an=2&ed=2019_12_27) [in Ukrainian].
15. Simon Holfström Ecocide during the war: another crime that should not go unpunished. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/rus/experts/2022/08/15/7144923> [in Ukrainian].
16. Advisory opinion of the International Court of Justice regarding the legality of the threat of nuclear weapons or its use: International document. URL: [www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-ru.pdf](http://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-ru.pdf) (access date: 29.08.2022) [in Ukrainian].
17. On the prohibition of propaganda of the Russian Nazi totalitarian regime, the armed aggression of the Russian Federation as a terrorist state against Ukraine, symbols of the military invasion of the Russian Nazi totalitarian regime in Ukraine: Law of Ukraine Law

- of Ukraine dated May 22, 2022. № 2265-IX. URL: <https://document.vobu.ua/doc/13044> [in Ukrainian].
18. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted on December 16, 1966 by the UN General Assembly. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_042#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text) [in Ukrainian].
  19. Ambos K. (2021). Protecting the Environment through International Criminal Law. Blog of the European Journal of International Law. Oxford. URL: <https://www.ejiltalk.org/protecting-the-environment-through-internationalcriminal-law>
  20. Voigt C. (2021). «Ecocide» as an International Crime: Personal Reflections on Options and Choices. Oxford. URL: <https://www.ejiltalk.org/ecocide-as-an-international-crime-personal-reflections-on-options-and-choices>.
  21. Commentary on the Criminal Code of Ukraine. URL: <http://yurist-online.com/ukr/uslugi/yuristam/kodeks/024/438.php> [in Ukrainian].
  22. Convention on environmental impact assessment in a transboundary context (Espo Convention) dated February 25, 1991. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_272#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_272#Text) [in Ukrainian].
  23. Krieger H., Nolte G. (2016). The International Rule of Law – Rise or Decline? KFG Working Paper Series. No. 1. Berlin, October. URL: <https://www.kfg-intlaw.de/PDF-ftpOrdner/KFG%20Working%20Paper%20No.%201.pdf>.
  24. Red Cross Society of Ukraine. Info center. URL: <https://redcross.org.ua/2019/03> [in Ukrainian].
  25. Convention on the prohibition of military or any hostile use of means of influence on the natural environment: Ratified on 16.05.1978. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_258#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_258#Text) [in Ukrainian].
  26. Vienna Convention on the Law of International Treaties of 1969. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_118#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text) [in Ukrainian].

Стаття надійшла 11.03.2023 р.

**O. M. Borschevska**, PhD, Associate Professor  
Odesa National Maritime University  
the Department Civil and Labor Law  
St. Mechnikov, 34, Odesa, 65029, Ukraine  
e-mail: [elennika2098@gmail.com](mailto:elennika2098@gmail.com)  
ORCID ID: 0000-0003-2549-429X

## **PUBLIC LEGAL AND PRIVATE LEGAL ASPECTS OF DEFINING THE DEFINITION OF «ECOCIDE» DURING MILITARY AGGRESSION**

### **Summary**

The article examines issues that became relevant during the military aggression of Russia and Ukraine, namely ecocide. A comparative analysis of the composition of the crime «ecocide» and «ecocide during war» is provided, the need to distinguish between these concepts is argued, since the emphasis in these cases is on the nuances of defining the object of the crime, its objective side, subjective side and subjective object. It is indicated that the blurring of the concept of «ecocide» due to evaluative judgments does not allow to fully bring the guilty parties to justice.

A more extensive definition of ecocide is given in view of the military actions that are taking place today in Ukraine due to Russian aggression, emphasizing the current position regarding value judgments, which have no place in criminal law and can enable war criminals to deny almost every case of crime. The position regarding the expediency of enshrining at the legislative level a separate article «ecocide during war» is substantiated.

Also, in addition to the public-legal characteristics of ecocide, attention is drawn to the need to compensate for damage caused through instruments of a private legal nature.

Issues of collective responsibility are highlighted, which is usually not inherent in criminal law, but under certain conditions is more effective than individual responsibility, for example in the case of ecocide during war.

It is proposed that in the case of recognition of a state recognized as an aggressor, a terrorist, according to the signs, then in a forced manner without the ratification of any conventions on its part, a peacekeeping contingent of those countries that have decided on its illegal status should be introduced into it.

Research is being conducted on the issue of ecocide from the standpoint of international law, in particular the Rome Statute, and positions on the prospects of Ukraine's ratification of this international regulatory act are being discussed.

**Keywords:** ecocide, international crime, military aggression, compensation for damage, natural environment.

*О. О. Волошкевич*, здобувач третього рівня вищої освіти  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра цивільно-правових дисциплін  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: voloshkevich1997@gmail.com

## **АНАЛІЗ ТА ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНОПРОЄКТУ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ДЕЯКИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ ЩОДО ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ УПРАВЛІННЯ ПРИРОДООХОРОННИМИ ТЕРИТОРІЯМИ ТА ОБ'ЄКТАМИ ПРИРОДНО-ЗАПОВІДНОГО ФОНДУ»**

В статті досліджуються основні положення законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності управління природоохоронними територіями та об'єктами природно-заповідного фонду», оприлюдненого 12 січня 2023 року. Особливістю цього законопроекту є те, що він націлений внести зміни не тільки в правове регулювання відносин щодо об'єктів природно-заповідного фонду, а й щодо інших природоохоронних територій, які на сьогоднішній день, в цілому, перевищують площу цілого ряду європейських країн.

При порівнянні окремих положень вищезазначеного законопроекту з певними нормами чинних законів, встановлено, що введення терміну «природоохоронні території» в значну частину статей Закону України «Про природно-заповідний фонд України» зроблено без будь-якого узгодження як з іншими статтями цього Закону, так і з іншими нормативно-правовими актами національного законодавства.

Проаналізовано норму законопроекту щодо розробки Положень для кожної зазначеної категорії: Смарагдової мережі, водно-болотного угіддя міжнародного значення та інших природоохоронних територій. На підставі цього зроблено висновок, що всі вони мають свою специфіку і процес розробки Положень приведе до значної бюрократичної роботи, відсуваючи на друге місце охоронну, наукову та іншу природоохоронну діяльність. Поза увагою законодавця, також, залишається, хто саме повинен розробляти ці Положення.

В ході дослідження значну увагу зосереджено на правовому регулюванні відносин щодо Смарагдової мережі, яка вдвічі перевищує площу всього природно-заповідного фонду України. Констатується, що на сьогоднішній день існує окремий законопроект, який має бути прийнятий. Це пов'язано не лише з підписанням угоди про асоціацію України з ЄС, а і з тим, що Україна вже ратифікувала Бернську конвенцію, яка впровадила Смарагдову мережу в усіх країнах-членах Конвенції. Саме це є підґрунтям того, що Смарагдова мережа не повинна включатись в Закон України «Про природно-заповідний фонд України» і наразі існує нагальна потреба прийняття окремого закону, доопрацювавши вже існуючий зареєстрований законопроект «Про території Смарагдової мережі».

Проводжуючи дослідження, аналізуються положення законопроекту щодо правового режиму біосферних заповідників/резерватів України, враховуючи реалізацію ними основних своїх функцій.

Спируючись на реальну практику функціонування об'єктів природно-заповідного фонду, зазначається, що першочергове значення для забезпечення їх режиму мають поноваження і діяльність служби державної охорони природно-заповідного фонду. Про-



те, в реальності пропонується радикальне зниження її статусу та вилучення статей, пов'язаних з повноваженнями цього органу.

Констатується цілеспрямоване необґрунтоване різке зменшення ролі Національної академії наук України в координації і узагальненні наукових досліджень та, загалом, нівелювання наукової складової в діяльності об'єктів природно-заповідного фонду.

Звертається увага на те, що проблеми і недоліки цього законопроекту не є вичерпними. Їх дослідження та аналіз буде продовжено в наступних наукових роботах.

**Ключові слова:** законопроект, природно-заповідний фонд, Смарагдова мережа, природоохоронні території, біосферні заповідники, водно-болотні угіддя.

**Постановка проблеми.** 12 січня 2023 року на офіційному сайті Міністерства захисту довкілля та природних ресурсів України був оприлюднений проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності управління природоохоронними територіями та об'єктами природно-заповідного фонду» [1]. Особливістю цього законопроекту є те, що він розповсюджується не лише на об'єкти природно-заповідного фонду (далі ПЗФ), які зараз складають 7,4% від території нашої держави, але й на інші природоохоронні території, площа яких вдвічі більша за площу об'єктів ПЗФ. Передусім це Смарагдова мережа, яка складає 13,3% площі держави, і для захисту якої вже розроблений окремий проект Закону [2]. Враховуючи що дія запропонованого законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності управління природоохоронними територіями та об'єктами природно-заповідного фонду» [1] розповсюджується ще й на водно-болотні угіддя міжнародного значення, то він може охопити 22% від площі України, що перевищує територію більшості європейських країн. Якщо ж сюди додати ще й інші природоохоронні території, чіткого переліку яких поки що немає, то ця територія буде значно більшою. Враховуючи те, що зазначений законопроект буде визначати правовий режим охорони та господарського використання такої великої території, очікувалося, що він буде ретельно розроблений. Проте, аналіз цього документу виявляє цілий ряд суттєвих недоліків, які будуть розглянуті нижче.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Характеристика стану природоохоронних і заповідних територій, включаючи правові аспекти, представлена в публікаціях Т. Л. Андрієнко, М. Я. Ващишин, І. Б. Іваненко, Я. І. Мовчана, М. П. Стеценка, С. М. Стойка, Ю. Р. Шеляг-Сосонко, в багатьох сучасних публікаціях правозахисної організації «Екологія-Право-Людина» та ін. Дана стаття націлена на аналіз і оцінку, в першу чергу, законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності управління природоохоронними територіями та об'єктами природно-заповідного фонду» [1] та пропозиції щодо його удосконалення, що робиться вперше.

**Метою статті** є дослідження зазначеного законопроекту і порівняння його окремих положень з певними нормами чинних законів; оцінка та їх вплив на функціонування об'єктів ПЗФ на прикладі практичної діяльності Дунайського біосферного заповідника НАН України.

**Виклад основного матеріалу.** Згідно законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності управління

природоохоронними територіями та об'єктами природно-заповідного фонду» [1] майже всі запропоновані зміни планується внести в Закон України «Про природно-заповідний фонд України» [3]. Часто це пропонується зробити простим додаванням в значну частину статей Закону терміну «природоохоронні території» без будь-якого узгодження як з іншими статтями цього Закону, так і з іншими нормативно-правовими актами національного законодавства.

В першій статті законопроекту вказано, що «завданням законодавства України про природно-заповідний фонд України та природоохоронні території є регулювання суспільних відносин щодо організації, охорони і використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду, відтворення їх природних комплексів, управління у цій галузі» [1, ст. 1]. Але, при цьому назва Закону України «Про природно-заповідний фонд України» залишається незмінною, хоча до сфери його дії додаються території, які вдвічі перевищують площу ПЗФ.

Водночас в Загальній частині «Порядку розроблення, оновлення, внесення змін та затвердження містобудівної документації», затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 01.09.2021 р. № 926 у визначенні термінів чітко вказано, що «природоохоронні території та об'єкти – це території та об'єкти природно-заповідного фонду, їх функціональні та охоронні зони, території, зарезервовані з метою наступного їх заповідання, об'єкти екомережі, території Смарагдової мережі, водно-болотні угіддя міжнародного значення, біосферні резервати програми ЮНЕСКО «Людина і біосфера», об'єкти Всесвітньої спадщини ЮНЕСКО» [4].

Отже, об'єкти ПЗФ входять до природоохоронних територій і співвідносяться з ними, як частка і загальне. Тому, запропонований в законопроекті термін «природоохоронні території», на наш погляд, є невдалим. Для того, щоб виокремити об'єкти ПЗФ, пропонуємо ввести термін «інші природоохоронні території».

Незрозумілою також є відсутність у перших статтях законопроекту в складі природоохоронних територій біосферних резерватів, які в статті 18.1 законопроекту включаються в законодавство як один з видів таких об'єктів [1, ст. 18.1].

Слід зазначити, що в цей законопроект введені три поняття: водно-болотні угіддя міжнародного значення, біосферні резервати та Смарагдова мережа. Нова стаття 3.1 «Водно-болотні угіддя міжнародного значення» (далі ВБУ) введена в розділ I «Загальні положення» цього законопроекту. В ній досить детально викладається їх визначення, статус, механізм збереження, розроблення планів управління та паспортів ВБУ [1, ст. 3.1]. Інша категорія, яка введена в цей законопроект – це «Біосферні резервати». Це поняття досить нове і немає теоретичного і законодавчого закріплення. В зазначеному законопроекті воно з'являється лише в статті 18.1 в розділі III «Режим територій та об'єктів природно-заповідного фонду», хоча в цьому розділі відображені вже існуючі 11 категорій об'єктів ПЗФ з відповідним заповідним режимом, який не може бути розповсюджений на біосферні резервати. Смарагдова мережа взагалі детально не характеризується, як вищезазначені категорії, а просто згадується в статті 3 «Класифікація природоохоронних територій та об'єктів природно-заповідного фонду України» [1, ст. 3]. На наш погляд, визначення понять та статус цих трьох природоохоронних територій доцільним було би ввести в законопроект на початку, в I розділі «Загальні положення».

Як було зазначено вище, в проекті закону запропоновано включити всі природоохоронні території до Закону України «Про природно-заповідний фонд України», проте при цьому в статтю 4 вищезгаданого закону «Форми власності на території та об'єкти природно-заповідного фонду» [3, ст. 4] не внесено жодних змін. До неї необхідно внести Смарагдову мережу та ВБУ, і вона повинна бути доопрацьована з відповідною зміною назви. Наприклад, «Форми власності на території і об'єкти природно-заповідного фонду та інші природоохоронні території».

Змінами до статті 5 Закону України «Про природно-заповідний фонд України» «Правові засади функціонування природоохоронних територій та об'єктів природно-заповідного фонду» [3, ст. 5] встановлюється, що «завдання, науковий профіль, характер функціонування, режим та порядок організації охорони природоохоронних територій та об'єктів природно-заповідного фонду визначаються у положеннях про них ...» [1, ст. 5]. Таким чином, необхідно буде розробляти положення про кожен територію Смарагдової мережі, кожне водно-болотне угіддя міжнародного значення та кожен іншу природоохоронну територію. Однак, слід зазначити, що всі вони мають свою специфіку і цей процес приведе до значної бюрократичної роботи, відсуваючи на друге місце охоронну, наукову та іншу природоохоронну діяльність. Більш того, поза увагою законодавця залишається те, хто саме повинен розробляти ці Положення.

Так, на сьогоднішній день паспорти ВБУ розробляються як за національною, так і за новою міжнародною формою. Це великі за обсягом документи, підготовка яких потребує багато часу. При цьому, на сьогоднішній день, за цю роботу відповідають найближчі об'єкти ПЗФ загальнодержавного значення.

Треба зауважити, що згідно з міжнародними вимогами території Смарагдової мережі при їх організації та реєстрації вже мають стандартну затверджену форму опису, після чого розробляється менеджмент-план. Але, враховуючи величезну кількість землевласників та землекористувачів, реально впроваджувати прописані в Положеннях завдання, режим, порядок організації охорони та науковий профіль об'єктів Смарагдової мережі буде неможливо. При цьому, слід врахувати, що при внесенні цих територій в Смарагдову мережу від землевласників і землекористувачів не вимагалось надання погодження на це, і багато хто з них навіть не знають, що вони знаходяться на природоохоронній території.

В статті 8 законопроекту «Основні засоби збереження природоохоронних територій та об'єктів природно-заповідного фонду» передбачено, що «збереження природоохоронних територій та об'єктів природно-заповідного фонду забезпечується шляхом встановлення заповідного режиму та здійснення їх охорони» [1, ст. 8], тобто запропоновано встановлювати заповідний режим на всіх природоохоронних територіях. Проте, заповідний режим визначається як «повне невтручання або втручання людини лише у виключних випадках у структуру екосистем та природні процеси» [5].

На природоохоронних територіях, найбільшими з яких є території Смарагдової мережі, такий режим не встановлюється. Для них розробляються менеджмент-плани, згідно яких здійснюється значна господарська діяльність. Таким чином, в законопроекті в черговий раз помилково змішуються правові режими різних територій.

Взагалі щодо територій Смарагдової мережі, які вдвічі перевищують площу всього ПЗФ, на сьогоднішній день існує окремий законопроект, який має бути прийнятий в найближчий термін. Це пов'язано не лише з підписанням угоди про асоціацію України з ЄС, а і з тим, що Україна вже ратифікувала Бернську конвенцію [6], яка впровадила Смарагдову мережу в усіх країнах-членах Конвенції. Тому, території Смарагдової мережі не повинні включатись в Закон України «Про природно-заповідний фонд України» [3], а необхідно прийняти окремий закон по мережі, доопрацювавши вже існуючий зареєстрований законопроект «Про території Смарагдової мережі» [2].

Відповідно до статті 12 «Управління територіями та об'єктами природно-заповідного фонду» законопроект «управління природними заповідниками, біосферними заповідниками, національними природними парками, ботанічними садами, дендрологічними та зоологічними парками загальнодержавного значення, а також регіональними ландшафтними парками здійснюється їх спеціальними адміністраціями. Спеціальна адміністрація може створюватися для кількох установ природно-заповідного фонду, що знаходяться у сфері управління одного органу» [1, ст. 12]. Це нововведення щодо однієї адміністрації для декількох об'єктів ПЗФ негативно вплине на ефективність їх роботи, враховуючи значну віддаленість між ними. Так, у квітні 2021 р. тодішнє Мінікоенерго звернулось в Одеську облдержадміністрацію з пропозицією розробити проект Указу Президента України, в якому вершина Сасикського водосховища та Джантшейський лиман загальною площею 4 тис. га повинні були одночасно входити і до складу ДБЗ (як це є зараз), і до НПП «Тузлівські лимани». Але, адміністрація ДБЗ виступила проти такої ідеї, аргументуючи це тим, що вона не відповідає чинному законодавству і загалом буде незрозуміло, яким чином буде розмежовуватися діяльність і відповідальність двох об'єктів ПЗФ загальнодержавного значення із спеціальними адміністраціями. При реалізації цієї ідеї було би незрозумілим, хто відповідає за моніторинг, «Літопис природи», охорону території і представництво у місцевих органах і судах, раціональне використання та підготовку обґрунтування лімітів, звітів в Рамсарське бюро та ЮНЕСКО, відновлення територій, тощо.

Зазначимо, що виникають питання і до статті 18-1 даного законопроект «Біосферні резервати» [1, ст. 18-1]. Глава «Біосферні заповідники», що містить цю статтю, є однією з 11 глав розділу III «Режим територій та об'єктів природно-заповідного фонду», в якому визначається режим для кожної з вже існуючих 11 категорій об'єктів ПЗФ. Наразі в нашій державі існує 4 біологічних резерватів в «чистому вигляді» – Східні Карпати, Західне Полісся, Деснянський біосферний резерват та Розточчя. Діяльність цих об'єктів регулюється на міжнародному рівні. Також існують біосферні резервати в межах біосферних заповідників: «Карпатський біосферний резерват, включений до Всесвітньої мережі біосферних резерватів ЮНЕСКО в межах Карпатського біосферного заповідника; Чорноморський біосферний резерват, в основі резервату – Чорноморський біосферний заповідник; Транскордонний біосферний резерват «Дельта Дунаю», з українським біосферним заповідником – Дунайський біосферний заповідник; біосферний резерват «Асканія-Нова», в межах біосферного заповідника Асканія-Нова та Чорнобильський радіаційно-екологічний біосферний заповідник»

[7, с. 42-43]. Загалом, слід погодитися з О. В. Толкаченко, яка зазначає, що «в даний момент існують одночасно два поняття «біосферний заповідник» і «біосферний резерват», які не узгоджені між собою, що вносить невизначеність і плутанину в національне законодавство» [7, с. 46]. При внесенні біосферних резерватів в главу «Біосферні заповідники» є незрозумілою різниця між біосферними резерватами і біосферними заповідниками. Також, залишається неясною процедура створення біосферних резерватів, управління ними. Виникає багато питань щодо землекористування на їх території. Не вказана доля вже існуючих біосферних резерватів. Тому доцільність введення такої категорії в законопроект є дуже сумнівною.

Свого часу активно дискутувалось питання щодо необхідності окремого законопроекту по біосферним заповідникам, враховуючи їх надзвичайно важливу роль серед інших категорій ПЗФ. Можливо є потреба в окремому новому законі, в якому би узгоджувалися поняття «біосферний заповідник» та «біосферний резерват» і умови їх створення. Для прикладу можна навести румунський резерват «Дельта Дунаю», по якому взагалі прийнятий окремий закон держави. Це дуже суттєво підвищило статус цієї території, яка одночасно є і складовою частиною білатерального румунсько-українського міжнародного резервату ЮНЕСКО «Дельта Дунаю». Безумовно, необхідно прийняти до уваги, що територія цього румунського резервату є дуже великою і складає 600 тис га або 2,5% від площі Румунії і прийняття закону по одній окремій території мало свою логіку. В Україні всі існуючі біосферні заповідники/резервати вже об'єднують величезну територію в 490 тис га, будуть поповнюватися новими об'єктами, і тому, на наш погляд, заслуговують на окремий закон.

Це актуально, враховуючи ще і те, що на територіях біосферних резерватів реалізуються три основні функції: функція збереження природної та історико-культурної спадщини, функція забезпечення сталого соціально-економічного розвитку та функція розвитку матеріально-технічної бази для демонстрації проєктів, здійснення еколого-освітніх заходів, досліджень і моніторингу місцевих, регіональних, національних і глобальних питань збереження та сталого розвитку.

Так, наприклад, ДБЗ заключає до 40 угод з різноманітними природокористувачами. Тут ведуть промисловий лов риби більше 600 рибалок, проводять зимову заготівлю очерету до 1000 місцевих мешканців, 17 організацій працює в сфері туризму тощо. Загалом, на території заповідника працює біля 4000 місцевих мешканців, через нього проходить глибоководний судовий хід «Дунай - Чорне море», існують порт «Усть-Дунайськ», біля 300 садів та городів місцевих жителів і таке інше. Проте, у Пояснювальній записці до цього законопроекту вказано, що «проєкт акту не стосується питань функціонування місцевого самоврядування, прав та інтересів територіальних громад, місцевого та регіонального розвитку» [8].

В той же час, в чинному Законі України «Про природно-заповідний фонд України» «проєкти створення природних заповідників, біосферних заповідників, національних природних парків, заказників, пам'яток природи, парків-пам'яток садово-паркового мистецтва загальнодержавного значення, можуть робити лише спеціалізовані проєктні та наукові установи» [3]. Натомість в новому законопроекті пропонується вилучити передбачену зараз обов'язковість участі







В законопроекті стаття 42 доповнюється вже традиційним терміном «природоохоронні території», а НАН України просто вилучається, залишається лише Міндовкілля. Така ж сама ситуація і в частині шостій цієї статті щодо координації наукових досліджень, де НАН України знову позбавлена такого права, а Міндовкілля залишається єдиною організацією. Як це буде робити Міністерство не ясно, бо в ньому, в першу чергу, працюють чиновники, а не науковці.

Ці зміни повністю суперечать нормам статті 8 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», згідно з яким «в Україні проводяться систематичні комплексні наукові дослідження навколишнього природного середовища та природних ресурсів з метою розробки наукових основ їх охорони та раціонального використання, забезпечення екологічної безпеки. Координацію та узагальнення результатів цих досліджень здійснюють Національна академія наук України та центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони навколишнього природного середовища» [9, ст. 8].

Ці зміни суперечать і статті 1 Закону України «Про особливості правового режиму діяльності Національної академії наук України, національних галузевих академій наук та статусу їх майнового комплексу» [10], згідно якої: «Національна академія наук України є вищою державною науковою організацією України, яка організовує і здійснює фундаментальні та прикладні наукові дослідження, а, також, координує проведення фундаментальних досліджень в наукових установах і організаціях України» [10, ст. 1]. Тому незрозуміло, як планує Міндовкілля проводити наукові дослідження в заповідниках і національних природних парках, які є науковими установами.

Відповідно до статті 43 законопроекту «Літопис природи територій та об'єктів природно-заповідного фонду» НАН України позбавляється права затверджувати порядок підготовки та програми Літопису природи, хоча саме там працює найбільша кількість фахівців з природничих наук.

Ще більш радикальні зміни пропонується внести до статті 15 Закону України «Про Червону книгу України». Згідно чинної статті «наукове забезпечення ведення Червоної книги України, підготовку пропозицій про занесення до Червоної книги України та про виключення з неї рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів тваринного і рослинного світу, організацію наукових досліджень, розроблення заходів щодо збереження і охорони таких видів та контроль за їх виконанням, координацію відповідної діяльності органів державної влади та громадських організацій здійснює Національна комісія з питань Червоної книги України, яка створюється Національною академією наук України» [11, ст. 15]. Слід зазначити, що ведення Червоної книги України потребує залучення сотень фахівців, які працюють, в першу чергу, в різноманітних інститутах НАН України, тому питання щодо наукового забезпечення усіх процесів ведення Червоної книги України залишається відкритим.

**Висновки і пропозиції.** Прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності управління природоохоронними територіями та об'єктами природно-заповідного фонду» націлене на внесення змін в природоохоронне національне законодавство. Проте, пропозиція включити в Закон України «Про природно-заповідний фонд

України» нові природоохоронні території, з яких лише одна Смарагдова мережа вдвічі більша за площею всієї території ПЗФ держави, призведе до появи неузгодженого, фактично нового закону. В ході дослідження було встановлено, що його назва не буде відповідати змісту, багато статей не узгоджуються між собою та з іншими актами національного законодавства.

Підводячи підсумки, треба вказати на необхідність прийняття Закону України «Про Смарагдову мережу», виходячи як з ратифікації нашою державою Бернської конвенції, так і з угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Це створить реальний механізм для збереження окремих видів флори і фауни та їх оселищ, які потребують охорони на загальноєвропейському рівні.

Незрозумілим і шкідливим є заплановане радикальне зменшення наукової складової в діяльності об'єктів ПЗФ, знецінення науки в цих установах, частина яких вже пройшла державну атестацію та має науковий статус. В цілому, у ряді статей законопроекту цілеспрямовано і послідовно нівелюється роль НАН України та інших наукових установ, що суперечить Законам України «Про охорону навколишнього природного середовища», «Про Червону книгу», «Про особливості правового режиму діяльності Національної академії наук України, національних галузевих академій наук та статусу їх майнового комплексу» тощо.

Вищевикладені проблеми і недоліки цього законопроекту не є вичерпними. Їх дослідження та аналіз буде продовжено в наступних наукових роботах.

### Список використаної літератури

---

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності управління природоохоронними територіями та об'єктами природно-заповідного фонду: проект Закону України від 12 січня 2023 року. URL: <https://mepr.gov.ua/news/41075.html>.
2. Про території Смарагдової мережі: проект Закону України № 2911-IX від 04.12.2020 р. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/388564>.
3. Про природно-заповідний фонд України: Закон України № 2456-XII від 16.06.1992 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-12#Text>.
4. Про затвердження Порядку розроблення, оновлення, внесення змін та затвердження містобудівної документації: Постанова Кабінету Міністрів України № 926 від 01.09.2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1298-2022-%D0%BF#Text>.
5. Про затвердження Інструкції про зміст та складання документації державного кадастру територій та об'єктів природно-заповідного фонду України: Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища № 0298 від 16.02.2005 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0298-05#Text>.
6. Про приєднання України до Конвенції 1979 року про охорону дикої флори і фауни та природних середовищ існування в Європі: Закон України № 436 від 29.10.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
7. Толкаченко О. В. Визначення понять «біосферний заповідник» і «біосферний резерват» за законодавством України. Правова держава. Одеса. № 45. 2022. С. 41-48. URL: <http://dspace.onu.edu.ua:8080/handle/123456789/32870>.
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності управління природоохоронними територіями та об'єктами природно-заповідного фонду: Пояснювальна записка до проекту Закону України від 12.01.2023 р. URL: <https://mepr.gov.ua/wp-content/uploads/2023/01/PZ-8.docx>.
9. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України № 1264-XII від 25.06.1991 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12#Text>.
10. Про особливості правового режиму діяльності Національної академії наук України,

національних галузевих академій наук та статусу їх майнового комплексу: Закон України № 3065-III від 01.02.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1911-15#Text>.

11. Про Червону книгу України: Закон України № 3055-III від 07.02.2002 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3055-14#Text>.

## References

---

1. On Making Changes to Some Legislative Acts of Ukraine on Improving the Efficiency of Management of Nature Conservation Territories and Objects of the Nature Reserve Fund, published by the Ministry of Environment: The draft Law of Ukraine (2023, January 12). URL: <https://mepr.gov.ua/wp-content/uploads/2023/01/ZU-kompleks-3.docx> [in Ukrainian].
2. On the territories of the Emerald Network: Draft Law of Ukraine № 2911-X (2020, December 4). URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/388564> [in Ukrainian].
3. On Nature Reserve Fund of Ukraine: Law of Ukraine № 2456-XI (1992, June 16). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-12#Text> [in Ukrainian].
4. On the Approval of the Procedure for the Development, Updating, Amendment and Approval of Urban Planning Documentation: Resolution Cabinet of Ministers of Ukraine № 1298 (2022, November 15). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1298-2022-%D0%BF#Text> [in Ukrainian].
5. On the Approval of the Instruction on the Content and Compilation of Documentation of the State Cadaster of Territories and Objects of the Nature Reserve Fund of Ukraine: Order Ministry of Environmental Protection of Ukraine № 0298 (2005, February 16). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0298-05#Text> [in Ukrainian].
6. On Ukraine's Accession to the Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, 1979: Law of Ukraine № 436 (1996, October 29). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436/96-%D0%B2%D1%80#Text> [in Ukrainian].
7. Tolkachenko O. V. (2022). Definition of the «biosphere nature reserve» and «biosphere reserve» concept according to the legislation of Ukraine. *Constitutional state*, 45, 41-48. URL: <http://dspace.onu.edu.ua:8080/handle/123456789/32870> [in Ukrainian].
8. On Making Changes to Some Legislative Acts of Ukraine on Increasing the Efficiency of Management of Nature Conservation Territories and Objects of the Nature Reserve Fund of Ukraine: Explanatory note to the draft law (2023, January 12). URL: <https://mepr.gov.ua/wp-content/uploads/2023/01/PZ-8.docx> [in Ukrainian].
9. On Environmental Protection: Law of Ukraine № 1264-XII (1991, June 25). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12#Text> [in Ukrainian].
10. On Specifics of the Legal Regime for Activities of the National Academy of Sciences of Ukraine, Sectoral Academies of Sciences and the Status of Their Proper complex: Law of Ukraine № 1911-IV (2004, June 29). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1911-15#Text> [in Ukrainian].
11. On the Red Book of Ukraine: Law of Ukraine № 3055-III (2002, February 7). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3055-14#Text> [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

**O. O. Voloshkevich**, PhD Student

Odesa I. I. Mechnikov National University

the Department of Civil Law Disciplines

Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine

e-mail: [voloshkevich1997@gmail.com](mailto:voloshkevich1997@gmail.com)

**ANALYSIS AND OFFERS FOR THE REGULATIONS IMPROVEMENT  
OF THE DRAFT LAW «ON AMENDMENTS TO LEGISLATIVE ACTS OF  
UKRAINE ON IMPROVING EFFICIENCY OF THE PROTECTED AREAS  
AND OBJECTS OF THE NATURE-RESERVE FUND MANAGEMENT»**

### Summary

In this article, the author analyses the main provisions of the draft Law «On Amendments to Legislative Acts of Ukraine on Improving Efficiency of Protected Areas and Objects of the Nature-Reserve Fund Management» of 12th January 2023. In broad outline, the specifics of the draft law consist not just of the improvement of the regulations governing the management of protected areas, which according to the national legislation and using its terms are legally recognised as areas of the «State Nature Conservation Fund», but aims to improve regulations for management and use of other valuable nature areas.

The comparative analysis of the particular provisions of the draft law with the currently effective legislation demonstrates that the amendment of the Law of Ukraine «On the Nature Conservation Fund of Ukraine» by introducing the term «protected areas» into the most of its provisions hardly correspond with other provisions of this law as well as with other legal acts of the Ukrainian legislation.

The author analyses the provisions of the draft Law «On Amendments to Legislative Acts of Ukraine on Improving Efficiency of Protected Areas and Objects of the Nature-Reserve Fund Management» in terms of different categories of the protected areas: the Emerald Network sites, wetlands of international importance etc.

As each of the categories has its own specific, the author comes to the conclusion that the process of the Regulations' development may lead to huge bureaucracy leaving a much less space for conservation, research and other environmental protection activities. In addition, there is an essential gap in the draft law because it does not clearly establish who shall be responsible for the development of Regulations.

The study pays considerable attention to legal regulations of the Emerald Network sites, which total area is twice bigger than the protected areas of all the Nature Conservation Fund belonging. The author emphasises that a specific law on the Emerald Network is required. This is caused not only by Ukraine's commitments under the Association Agreement between the EU and Ukraine, but because Ukraine is a party of the Bern Convention stipulating the creation of the Emerald Network in the countries where the convention was adopted and ratified. Therefore, the draft law «On the areas of the Emerald Network» that has already been submitted to the Parliament of Ukraine would rather be adopted than the Law «On the Nature Conservation Fund of Ukraine» is extended to the Emerald Network.

In the course of the study, the provisions of the draft law on the legal regime of biosphere reserves of Ukraine are analyzed, taking into account implementation of their main functions.

Based on the real practice of the nature reserve fund's functioning, the author notes that the powers and activities of the nature reserve fund state protection service are of primary importance for ensuring their regime. However, in reality, it is proposed to radically reduce its status and remove articles related to the authority of this body.

There is a purposeful, unjustified sharp reduction in the role of the National Academy of Sciences of Ukraine in the coordination and generalization of scientific research and, in general, the leveling of the scientific component in the activities of the nature reserve fund objects.

The author draws attention to the fact that the problems and shortcomings of this draft law are not exhaustive. Their research and analysis will be continued in the following scientific works.

**Keywords:** natural reserve fund, Emerald Network, nature conservation territories, draft law, biosphere reserves.

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2023.49.276050>

U.D.C. 343.6

*Bernd Heinrich*, Dr. Habil. In Law, Professor  
Holder of the Chair of Criminal Law,  
Criminal Procedure Law and Intellectual Property Law  
Law Faculty  
Eberhard Karls University Tübingen  
Geschwister-Scholl-Platz  
Tübingen, 72074, Germany  
e-mail: [bernd.heinrich@jura.uni-tuebingen.de](mailto:bernd.heinrich@jura.uni-tuebingen.de)

### THE ISSUE OF «TRIAGE» IN GERMAN CRIMINAL LAW

The article deals with the issue of “triage” through the prism of the legal concept of the “justifying conflict of duties», which has triggered considerable debate in Germany in particular with regard to the Covid pandemic. Attention is brought to problems associated with criteria, on the basis of which a physician has to give priority to saving certain patients; the question is raised whether the legislator should establish such a “ranking” of criteria to which the physician must adhere or whether the physician should be left free to decide whom to save. It is also discussed whether the physician can be held criminally responsible for the death of the other patient. An overview of the legal assessment of the three forms of triage in Germany is given. The author also addresses the question of the legal consequences for the physician if he makes a decision for improper motives.

**Keywords:** triage, forms of triage, justifying conflict of duties, medical treatment, criminal liability, concept of “extraneous motives”.

**Problem statement.** The Covid pandemic, which reached Germany in March 2020 at the latest, has added a new aspect to the legal concept of the “justifying conflict of duties”. The question is whether physicians can be prosecuted for manslaughter or bodily injury (by omission) if the ventilators available in a hospital are not sufficient to ensure adequate medical care for the patients admitted.

The term “triage” actually originates from the field of military medicine and is currently also gaining relevance in Ukraine. Due to the Russian war of aggression, Ukraine is now in a terrible war. This war and in this context specifically the missile attacks have the consequence that many people in Ukraine are killed or injured. The injured people are admitted to clinics, where medical treatment is required and, in many cases, - especially in times of war - treatment options will be limited.

In typically discussed cases of Triage, only one ventilator in a hospital is available and two people are admitted at the same time, who can only be saved by being connected to that ventilator. However, the doctor on duty is technically obliged to provide both patients with sufficient care. If he fails to do so and a patient dies as a result of the



lack of medical treatment, then – with the appropriate intent – criminal liability on the part of the physician for death by omission stands to reason.

In the aforementioned cases, however, the physician cannot save both patients, since he has only one ventilator at his disposal. He can therefore only save one of the patients and must allow the other patient to die. This inevitably raises the question of whether he can be held criminally responsible for the death of the other patient. However, since no one is obliged to perform the impossible, criminal liability must be ruled out in this case. In this context, the question is at what level of criminal liability (constituent element, unlawfulness, culpability) criminal liability no longer applies.

**Analysis of the latest researches and publications.** The situation of “triage”,<sup>1</sup> which has not yet become reality in Germany, at least officially, unfortunately already gained tragic significance in other European countries at the beginning of the year 2020. In German criminal legal literature, it triggered a discussion about how to decide in such cases (on this topic see the publication by Brech, A. (2008) “Triage and law - Patient selection in mass emergencies of those in need of help in disaster medicine. A contribution to the justice debate in health care “; Scholten, K. (2011) “Triage - On the criminal liability of medical selection decisions “)<sup>2</sup> – and whether there are or should be binding criteria in such an emergency on the basis of which a physician has to decide (Ast, S. (2020) “*Quieta non movere?* Medical selection criteria and termination of treatment in the event of a conflict of duties from a criminal perspective; Hilgendorf, E., Hoven, E., Rostalski, F. (2021) “Triage in (criminal law) science”<sup>3</sup>. It

<sup>1</sup> The term “triage” derives from the French “trier” (to sort, select, choose). It has its origins in military medicine. There, it denotes a (selection) procedure according to which (medical) assistance must be provided if, in times of war and emergency, the number of persons in need of help exceeds the human or material resources of the relief forces; cf. Kern, B.-R./Rehborn, M., in: Laufs, A./Kern, B.- R./Rehborn, M. (eds.). R./Rehborn, M. (eds.), *Handbuch des Arztrechts*, C.H. Beck, Munich, 5th ed. 2019, § 21 Rn. 24.

<sup>2</sup> On this topic, however, see the 2008 publication by Brech, A., *Triage und Recht - Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008; furthermore - also dating from earlier times - Scholten, K., *Triage - Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2011.

<sup>3</sup> Cf. on this issue only Ast, S., *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2020, 268; Coca-Vila, I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion*, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 2021, 446; Engländer, A./Zimmermann, T., *«Rettungstötungen» in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 1398; Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, 129; Hoven, E., *Die «Triage»-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, *Juristenzeitung* 2020, 449; Jäger, C./Gründel, J., *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigten Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2020, 151; Merkel, R./Augsberg, S., *Die Tragik der Triage - straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, *Juristenzeitung* 2020, 704; Sowada, C., *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2020, 452; see also the articles in Hilgendorf, E./Hoven, E./Rostalski, F. (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, *Nomos*, Baden-Baden 2021.



furthermore needs to be asked whether such criteria should be created by the legislator, or whether they should be developed by jurisprudence or the literature or whether the physician in triage cases should be free in his decision and subject only to his conscience (Gaede K., Kubiciel M., Saliger F., Tsambikakis M. (2020) "Lawful action in the dilemmatic triage decision-making situation")<sup>4</sup>.

#### **Main part of the research paper.**

**Types of triage.** In principle, three forms of triage can be distinguished: The "classic" form of triage is the situation of so-called "ex-ante" triage mentioned above. Here, two emergency patients are admitted to the hospital at the same time, but the physician has only one ventilator available and can therefore save only one of them.

Next there is the situation of the so-called "ex-post" triage.<sup>5</sup> In this case, a patient is already connected to a ventilator but has only a slight chance of survival. Now another patient with a higher chance of survival is admitted. The question now arises whether the physician may withdraw the ventilator from one patient in order to make it available to the other patient with a higher chance of survival.

In addition, a third form of triage is being discussed, the so-called "preventive triage". Here, a patient admitted to the hospital with a low chance of survival is denied connection to a ventilator because patients with a higher probability of survival are likely to be admitted soon who need the ventilator just as urgently and who, if they were admitted at the same time, could be given priority.<sup>6</sup>

While "ex-ante" triage is generally regarded as a problem of justifiable conflict of duties, "ex-post" triage and "preventive" triage are said to be legally impermissible according to the prevailing view.

**„Ex-ante“ triage.** First of all, the case of "ex-ante" triage should be discussed. In German academic literature, this is generally regarded as permissible. This is predominantly seen as a case of a "collision of duties" which, according to the prevailing view, leads to a justification of the physician.<sup>7</sup> The opposing view, however, regards cases of

---

<sup>4</sup> This is the claim of Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, 129 (130); in contrast, Merkel, R./Augsberg, S., *Die Tragik der Triage - straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, *Juristenzeitung* 2020, 704 (705).

<sup>5</sup> Critical of the use of these terms Jäger, C./Gründel, J., *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigen Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2020, 151 (152), who instead proposes the terms "Aufnahmetriage" (admission triage) and "Fortsetzungstriage" (continuation triage); along these lines also Sowada, C., *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2020, 452.

<sup>6</sup> Cf. Coca-Vila, I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2021, 446 (452, 457); Engländer, A./Zimmermann, T., *„Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 1398 (1401); Merkel, R./Augsberg, S., *Die Tragik der Triage - straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, *Juristenzeitung* 2020, 704 (706);

<sup>7</sup> Engländer, A./Zimmermann, T., *„Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 1398 (1400 f.); Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, 129 (132); cf. also BGH (Federal Court of Justice), *Beschluss vom 30.7.2003 – 5 StR 221/03*, *Amtliche Sammlung vol. 48*, p. 307 (311).

a conflict of duties as merely grounds for exculpation.<sup>8</sup> However, the detailed questions according to which the physician has to make his decision in cases of a conflict of duties are controversial.

There is a broad spectrum of opinions here. This spectrum ranges from a fundamental freedom of the physician to decide which of several equally endangered patients should benefit from the saving treatment, to binding guidelines which the physician must follow and which limit his decision-making competence.<sup>9</sup>

Before dealing with this question, however, it is first necessary to take a look at the “classic” cases of a conflict of duties.<sup>10</sup> Here, too, it must be asked whether there are binding criteria that dictate which of the various persons must be given priority in the rescue. Here, a “standard case” should be mentioned, which can be found in every textbook: A father takes his son, his daughter and their friend, who are all six years old and non-swimmers, out on a lake in a pedal boat. Once there, the boat capsizes. The father now correctly recognizes that it will only be possible for him to save one of the children, which he does.<sup>11</sup> In this case, the father has in any case fulfilled the element of the crime of homicide by omission with regard to the other children. After all, it would have been possible for him to save a different child as well, which he also knew.

However, the conflict situation is taken into account - at least by the predominant view - at the justification level by granting him grounds for justification by way of “justifying conflict of duties”. If one focuses on the overall event, the father was only able to save one of the children, but not all three. In this respect, however, the killing of the other two children (by omission) cannot constitute an injustice.<sup>12</sup> Therefore, the

§ Fischer, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, C.H.Beck, Munich, 69th ed. 2022, preliminary remarks § 32 Rn. 11a; Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Dunker & Humblot, Berlin, 5th ed. 1996, § 33 V 1c, 2; Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch-Paeffgen, H.-H./Zabel, B., Nomos, Baden-Baden, 5th ed. 2017, preliminary remarks §§ 32 ff. Rn. 174.

<sup>9</sup> Critical of the latter view is Ast, S., *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2020, 268 (274), who assumes that even if the legislature lays down certain selection criteria, these are not binding under criminal law.

<sup>10</sup> Cf. Heinrich, B., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 6th ed. 2019, para. 513.

<sup>11</sup> In contradiction only Freund, G./Rostalski, F., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 3rd ed. 2019, § 6 Rn. 96 ff.; *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch-Freund, G.*, C.H. Beck, Munich, 4th ed. 2020, § 13 Rn. 196 f., who deny the fulfillment of the element of the crime for the behavior in question.

<sup>12</sup> Thus in conclusion Erb, V., *Der rechtfertigende Notstand*, *Juristische Schulung* 2010, 17 (29); Krey, V./Esser, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 6th ed. 2020, Rn. 630 ff.; Küper, W., *Kollidierende Pflichtenmehrheit oder singuläre Pflichteinheit? - Zur Rekonstruktion und Rehabilitierung der rechtfertigenden Pflichtenkollision*, *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich, 2018, p. 67; Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, Munich, 12th ed. 2020, § 49 Rn. 41; Rönnau, T., *Grundwissen - Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision*, *Juristische Schulung* 2013, 113 (113 ff.); Roxin, C./Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, Munich, 5th ed. 2020, § 16 Rn. 119; Schönke, A./Schröder, H.-Sternberg-Lieben, D., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, C.H. Beck, Munich, 30th ed. 2019, preliminary remarks §§ 32 ff. Rn. 73.

suggestion that this is only grounds for exculpation, but not for justification of the actor, cannot be followed either.<sup>13</sup>

For the law cannot demand impossible actions from the offender (*impossibilium nulla obligatio est*). However, such a justification should only exist if there is a collision of duties of equal rank.<sup>14</sup> In the aforementioned case of the boat trip, two equally important duties to act collide with regard to the father's own two children. If the father saves his son, the failure to save the daughter cannot be unlawful.<sup>15</sup> The father's motivation as to why he saves the son and not the daughter is also irrelevant. It is therefore irrelevant whether he saves the son only because he considers boys to be fundamentally more valuable than girls or because he wants to "get one over on his wife", since she always prefers the daughter.<sup>16</sup> Only if the father does nothing at all and stands idly by while both children drown can he be held responsible under criminal law.

In the case of a collision of unequal duties of conduct, on the other hand, the perpetrator must fulfill the "higher-ranking" duty.<sup>17</sup> In this case, it is assumed that the

<sup>13</sup> This is a minority opinion in the literature; cf. Fischer, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, C.H. Beck, Munich, 69th ed. 2022, preliminary remarks § 32 Rn. 11a; Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Dunker & Humblot, Berlin, 5th ed. 1996, § 33 V 1c, 2; *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch-Paeffgen*, H.-H./Zabel, B., Nomos, Baden-Baden, 5th ed. 2017, preliminary remarks §§ 32 ff. Rn. 174.

<sup>14</sup> BGH, decision of 28.5.2002 - 5 StR 16/02, *Amtliche Sammlung*, vol. 47, p. 318 (322); BGH, decision of 30.7.2003 - 5 StR 221/03, *Amtliche Sammlung*, vol. 48, p. 307 (311); Baumann, J./Weber, U./Mitsch, W./Eisele, J.-Mitsch, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Gieseking, Berlin, 12th ed. 2016, § 21 Rn. 101; Gropp, W./Sinn, A., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 5th ed. 2021, § 5 Rn. 329; Kühl, K., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vahlen, Munich, 8th ed. 2017, § 18 Rn. 137; *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Rönnau*, T., De Gruyter, Berlin, New York, 13th ed., 2020 ff., preliminary remarks § 32 Rn. 117; *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch-Erb*, V., C.H. Beck, Munich, 4th ed. 2020, § 34 Rn. 47; *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schlehofer*, H., C.H. Beck, Munich, 4th ed. 2020, preliminary remarks § 32 Rn. 260; Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, Munich, 12th ed. 2020, § 49 Rn. 41 f.; Roxin, C./Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, Munich, 5th ed. 2020, § 16 Rn. 118, 122;

<sup>15</sup> Cf. on the collision of two obligations to refrain of equal rank or an obligation to act and refrain of equal rank Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, Munich, 12th ed. 2020, § 49 Rn. 43 ff; Rönnau, T., *Grundwissen - Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision*, *Juristische Schulung* 2013, 113 (113 f.); rejecting the collision of different duties to refrain Gropp, W./Sinn, A., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 5th ed. 2021, § 5 Rn. 311; Jakobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, De Gruyter, Berlin, New York, 2nd ed. 1991, 15/15a; Kindhäuser, U./Zimmermann, T., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 10th ed. 2021, § 18 Rn. 2; Roxin, C./Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, Munich, 5th ed. 2020, § 16 Rn. 117.

<sup>16</sup> *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch-Neumann*, U./Zabel, B., Nomos, Baden-Baden, 5th ed. 2017, § 34 Rn. 132a; Roxin, C./Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, Munich, 5th ed. 2020, § 16 Rn. 121; Schönke, A./Schröder, H.-Sternberg-Lieben, D., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, C.H. Beck, Munich, 30th ed. 2019, preliminary remarks §§ 32 ff. Rn. 77;

<sup>17</sup> Kindhäuser, U./Zimmermann, T., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 10th ed. 2021, § 18 Rn. 5; *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Rönnau*, T., De Gruyter, Berlin, New York, 13th ed. 2020 ff., preliminary remarks § 32 Rn. 115; *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schlehofer*, H., C.H. Beck, Munich, 4th ed. 2020, preliminary remarks §

guarantor duty arising from personal ties (with regard to one's own children) is considered to be of higher priority than the guarantor duty arising from voluntary acceptance of responsibility (with regard to the friend).<sup>18</sup> If the father saves the friend (and not his children) in this case, he would be liable to prosecution for manslaughter by omission.

The question as to which of several duties to act is of higher priority and whether there is a certain "ranking" of the guarantor duties is certainly open to debate. With regard to the "ex ante" triage to be assessed here, however, it is precisely a matter of dispute whether such a "coequal" guarantor obligation is always to be assumed in the case of two patients with whom there is no personal relationship on the part of the physician and the guarantor obligation therefore arises merely from the treatment contract or the "de facto acceptance" of the treatment.

The question therefore arises as to whether there are certain criteria that lead to a "higher-ranking" guarantor obligation towards a patient. This would have the consequence that he acts justifiably only if he fulfills this higher-ranking duty. Controversially discussed as criteria are:

- the urgency of the treatment<sup>19</sup>
- the priority principle with regard to hospitalization<sup>20</sup>
- the chances of success of a cure<sup>21</sup>

---

32 Rn. 253; Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, Munich, 12th ed. 2020, § 49 Rn. 42; Roxin, C./Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, Munich, 5th ed. 2020, § 16 Rn. 122; different view *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Jescheck, H.-H., De Gruyter, Berlin, New York, 11th ed., 1992 ff., preliminary remarks § 13 Rn. 80* (at least in the case of non-weighable legal interests); Joecks, W./Jäger, J., *Studienkommentar StGB*, C.H. Beck, Munich, 13th ed. 2021, § 13 Rn. 77; also critical *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch-Stein, U., Carl Heymanns, Cologne, 9th ed. 2017, § 13 Rn. 45*.

<sup>18</sup> Otto, H., *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7th ed. 2004, De Gruyter, Berlin, New York, § 8 Rn. 194.

<sup>19</sup> On the criterion of urgency, see Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, 129 (134); Sowada, C., *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2020, 452 (455 f.).

<sup>20</sup> On the priority principle, see Engländer, A./Zimmermann, T., „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 1398 (1401); also Rönna, T./Wegner, K., *Grundwissen - Strafrecht: Triage, Juristische Schulung*, 2020, 403 (405), who refer to Section II, § 4 of the *Sachsenspiegel* with regard to this principle, and (critically) Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, 129 (133).

<sup>21</sup> On the criterion of probability of success Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, 129 (133); Jäger, C./Gründel, J., *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigen Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2020, 151; critically Engländer, A./Zimmermann, T., «Rettungstötungen» in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 1398 (1402); Schönke, A./Schröder, H.-Sternberg-Lieben, D., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, C.H. Beck, Munich, 30th ed. 2019, preliminary remarks §§ 32 ff. Rn. 74.

- the probability of survival of the persons concerned<sup>22</sup>
- the age (or potential further lifetime<sup>23</sup>) of the patient<sup>24</sup>
- any contributory negligence on the part of the patient with regard to the situation triggering the emergency situation (e.g., the patient's contributory negligence for his severe illness if, for example, he or she refused to receive a vaccination)<sup>25</sup>, or
- the patient's employment in an occupation of systemic importance.<sup>26</sup>

The question, then, is whether these may be permissible evaluation criteria, potentially leading to a higher-ranking duty. In any case, there seems to be agreement that social background or status, ethnicity, religion, gender or political or sexual orientation must not play a role in the decision.<sup>27</sup> On the other hand, it has also been suggested that in such cases no specific criteria should be used, but that - at least in ambiguous cases - the decision should simply be determined by lottery.<sup>28</sup>

<sup>22</sup>Critical with regard to survival probability Engländer, A./Zimmermann, T., „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 1398 (1402).

<sup>23</sup>In favor of considering life expectancy as a criterion Hoven, E., Die «Triage»-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, *Juristenzeitung* 2020, 449 (451 f.); in opposition Engländer, A./Zimmermann, T., «Rettungstötungen» in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 1398 (1400); on this also Hörnle, T./Wohlers, W., The Trolley Problem Reloaded. Wie sind autonome Fahrzeuge für Leben-gegen-Leben-Dilemmata zu programmieren? *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2018, 12 (28); Taupitz, J., Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise – Wer darf überleben? *Zeitschrift Medizinrecht* 2020, 440 (448).

<sup>24</sup>In favor of considering age as a criterion Hoven, E., Die «Triage»-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, *Juristenzeitung* 2020, 449 (450 ff.); in opposition Engländer, A./Zimmermann, T., «Rettungstötungen» in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 1398 (1402); Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, 129 (133 f.); Merkel, R./Augsberg, S., Die Tragik der Triage - straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, *Juristenzeitung* 2020, 704 (709 f.).

<sup>25</sup>In favour Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schlehofer, H., C.H. Beck, Munich, 4th ed. 2020, preliminary remarks §§ 32 ff. Rn. 261; Roxin, C./Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, Munich, 5th ed. 2020, § 16 Rn. 123; in opposition Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Rönnau, T., De Gruyter, Berlin, New York, 13th ed. 2020 ff., preliminary remarks §§ 32 ff. Rn. 122; Sowada, C., *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2020, 452 (454); see also Schönke, A./Schröder, H.-Sternberg-Lieben, D., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, C.H. Beck, Munich, 30th ed. 2019, preliminary remarks § 32 Rn. 74.

<sup>26</sup>Dissenting Jäger, C./Gründel, J., Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigen Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2020, 151 (162).

<sup>27</sup>Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, 129 (132); Merkel, R./Augsberg, S., Die Tragik der Triage - straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, *Juristenzeitung* 2020, 704 (705);

<sup>28</sup>On this, Engländer, A./Zimmermann, T., „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin,



If one follows this idea that certain criteria (which are possibly to be established by the legislator) are to be weighed against each other, this could lead in the triage situation to the consequence that non-observance of this “ranking” could lead to “unequal duties of conduct and therefore to the denial of the justification by way of conflict of duties. However, this would then have the obligatory consequence that the physician would be criminally liable for manslaughter by omission if he did not adhere to the specified criteria. If one does not follow this idea, i.e., if one assumes that there is no “ranking” of behavioral obligations and triage situations and that the physician is free to make his own decisions, the question still remains as to whether unfair motives on the part of the physician can change this outcome.<sup>29</sup>

Unfair motives would be, for example, discrimination (because of gender, race, sexual orientation, etc.) or if financial considerations (e.g., in the case of a bribe to the physician) dominate the decision. This question will be discussed later. Linking the decision to such binding criteria would ultimately lead to a rather undesirable intrusion of the law in an otherwise medical crisis situation, which would only superficially lead to legal certainty for the physician.

Considering the fact that in such dilemma situations, action must generally be taken quickly and the physician should therefore not be obliged to conduct an extensive examination of the criteria, such a binding ranking of criteria must be rejected. This is because an obligation to carry out an extensive examination of such criteria may ultimately be to the detriment of all patients who are in need of rapid assistance. For this reason, while it may be useful to draw up such a ranking of criteria in order to give physicians certain guidelines for their ethical decisions in dilemma situations, it does not seem advisable to attach penal consequences to non-observance of these criteria by defining “higher-value” and “lower-value” guarantor obligations. In this respect, it should be noted that in the case of “ex-ante” triage, the physician must in principle be free to decide which patients he treats with priority, even if other patients die as a result of the lack of treatment.

**„Ex-post“ triage.** Next, “ex-post” triage will be discussed. In contrast to “ex-ante” triage, “ex-post” triage is viewed differently. In this case, a patient who has already been connected to the ventilator is disconnected from the ventilator by the attending physician in order to make the ventilator available to another patient who may have a better chance of survival. This regularly results in the death of the patient who was treated first. Here, the general consideration is that this is not a case of a justifying col-

---

Neue Juristische Wochenschrift 2020, 1398 (1402); Jäger, C./Gründel, J., Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigen Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2020, 151 (162); dissenting Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, 129 (133 fn. 38); Sowada, C., Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2020, 452 (453): ‘open capitulation of the law’.

<sup>29</sup> In this direction Ast, S., *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2020, 268 (270), where he points out that the presence or absence of certain criteria (and this could then also include certain motivations) could be taken into account as formal justification prerequisites in the context of a conflict of duties. If one disregards certain (formal or material) rules in this respect, justification is ruled out.



lision of duties. That is because there is no collision of two duties to act, but rather a collision between a duty to act (duty to rescue a patient) and a duty to refrain (duty to refrain from actively killing a patient by withdrawing the ventilator),

It is therefore to be regarded as unlawful to actively withdraw the ventilator from an already ventilated patient. This is correct. The prohibition on actively killing a person by withdrawing the ventilator takes precedence over the requirement to help dying people in this specific case. This is because the patient has already acquired a „secure status“ on the basis of trusting the already ongoing treatment strategy of the physician.<sup>30</sup> Because the physician has already given the patient cause to trust him, he may not retroactively undermine that trust by unilaterally stopping the treatment without warning. If one were to see this differently, one would also have to face the question whether it should be permissible to remove an organ from a dying patient thereby causing his death, if another patient who urgently needs that organ could thereby be saved by the organ transplantation.<sup>31</sup>

**“Preventive” triage.** Finally, “preventive” triage will be discussed. Here, a patient admitted to the hospital with a low chance of survival is refused connection to a ventilator because patients with a higher probability of survival are likely to be admitted soon who need the ventilator just as urgently and could be given priority if they were admitted at the same time. In this case, the physician is regularly considered to have an obligation - at least in principle - to provide assistance to a patient who was admitted earlier. This applies even if it is to be expected that patients with a higher probability of survival will be admitted a short time later who need the ventilator just as urgently.<sup>32</sup>

Even if this patient, who is expected to arrive later, would have been given priority if he had been admitted at the same time (or if it would have been possible for the physician to save the other patient in any case by way of his free decision), the principle of priority applies here. The person who is admitted first and needs help is entitled to receive this help. Because at the moment when the connection to the ventilator is necessary, the situation of a justifying conflict of duties does not yet exist, so that a corresponding justification fails.<sup>33</sup>

***Influence of extraneous considerations on the decision.*** The last question to be addressed here is how to decide if the physician uses extraneous considerations when deciding which patient to connect to a ventilator. The answer to this question is evident, if one has already decided that there are binding criteria according to which the physician must decide in cases of “ex-ante” triage and he does not adhere to them.

<sup>30</sup> Merkel, R./Augsberg, S., Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, Juristenzeitung 2020, 704 (711 f.).

<sup>31</sup> This is correctly pointed out by Lindner, J., Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates ein unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen? Zeitschrift für Medizinstrafrecht 2020, 199.

<sup>32</sup> Cf. Coca-Vila, I., Straftliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2021, 446 (452, 457); Merkel, R./Augsberg, S., Die Tragik der Triage - straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, Juristenzeitung 2020, 704 (706); Rönnau, T./Wegner, K., Grundwissen - Strafrecht: Triage, Juristische Schulung, 2020, 403 (406 f.).

<sup>33</sup> Thus clearly Rönnau, T./Wegner, K., Grundwissen - Strafrecht: Triage, Juristische Schulung, 2020, 403 (406 f.).

Just think of the case where a regulation is made to the effect that only the probability of success of the treatment, and never the age of the patient, may play a role in the decision. If, however, the physician decides to save a child instead of a pensioner, even though the probability of success of saving the pensioner would be higher than that of the child in the specific case, this would lead to criminal liability. If the criteria are regarded as binding, unequal obligations towards the patients would exist, with the consequence that the physician would be denied justification. For the reasons mentioned above, however, this is to be rejected.

However, the pursuit of extraneous motives is also and especially conceivable if one assumes that the physician has a free decision-making authority in cases of “ex-ante” triage. This can occur in two cases. On the one hand, it might be considered - and this has already been discussed above - that the physician attaches central importance to the skin color, origin or gender of the person to be rescued when deciding whom to save (“I prefer to save Germans rather than foreigners”). But it is also possible that the doctor saves the person who pays the most for his rescue.

Here, however, it must be noted first of all that the concept of “extraneous motives” can be problematic, because one must already ask at this point whether an objective decision between two individuals, insofar as it is a matter of life or death, is possible at all. Here, too, it must always be assumed that unconscious aspects may play a role in the decision made, which are hardly reviewable from a legal point of view. On the other hand, however, decisions can also be made consciously on the basis of subjective points of view, without this necessarily being regarded as reprehensible. For example, if the physician deliberately saves the patient who has not acted negligently with regard to his infection.

Already in these situations, the question arises as to whether criminal law may “interfere” here or whether it must - at least up to a certain point - accept such subjectively made decisions. For precisely when the physician is left free to make decisions in this dilemma situation, it would hardly be appropriate to want to examine (and correct) every subjective evaluation through the lens of criminal law.

At this point, reference should be made to another case in German jurisprudence in which a similar problem arose. It concerned manipulations in the context of the distribution of post-mortem donated livers (hence the title of the decision: The Liver Allocation Case).<sup>34</sup> Here, a doctor was caring for patients waiting for a liver donation. He falsely reported several of his patients as dialysis patients to the central institution responsible for the distribution of donor livers. As a result, these patients achieved significantly better rankings on the waiting list, which meant that they were allocated an organ more quickly. However, this meant that the patients who were actually ahead of them if the information was correct were pushed to the back of the list and therefore had to wait longer for a donor liver. In view of the known scarcity of donor organs, it could not be ruled out that the patients who had been pushed back on the waiting list

<sup>34</sup> BGH, judgment of 28.6.2017 - 5 StR 20/16, Amtliche Sammlung, vol. 62, p. 223; on this, Ast, S., Die Manipulation der Organallokation. Vereiteln von Rettungshandlungen als mittelbare Täterschaft, *Höchstrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen* 2017, 500; Duttge, G., Manipulationen in der Transplantationsmedizin und die Frage nach ihrer angemessenen Sanktionierung, *Zeitschrift für Lebensrecht* 2018, 130; Greco, L., Objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand? Überlegungen aus Anlass des BGH-Urteils zum Göttinger Transplantationskandal (BGHSt 62, 223), *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* 2018, 539.

as a result of the manipulation were unable to obtain a donor liver precisely because of their lower position on the list and therefore died.

The Federal Court of Justice acquitted the physician in this case because, on the one hand, he was only accused of a formal violation of the provisions of the guidelines of the German Medical Association and, on the other hand, he allegedly lacked intent to kill or inflict bodily harm. The case is also interesting because the physician explained his actions by saying that it was known that other physicians also regularly carried out manipulations for the benefit of their own patients.

While in this constellation one can thoroughly argue about the reprehensibility of the doctor's actions, the cases already mentioned are clear with regard to the classification of reprehensibility: If the doctor favors a patient because of the color of his skin or his religion, or because he pays him money for his treatment, he is acting from unfair motives and is therefore acting reprehensibly.<sup>35</sup> Especially acting in exchange for payment is problematic.

After all, it is certainly understandable in human terms that relatives of a person admitted to hospital, knowing the situation, offer the doctor, who decides on life and death, a large sum of money if he decides in favor of "their" relative within the framework of "ex-ante" triage.

Corresponding agreements on injustice ("wrongful agreement") are also conceivable in advance. For example, such an agreement can already be made if it is foreseeable that a sick relative might soon be transferred to the intensive care unit ("save my mother for 100,000 euros if she is hospitalized in a triage situation"). In the worst case, an illegal market with fixed prices could develop here, which would exclude anyone who could not afford a life-saving service of this kind. This would, however, reach a level that is structurally similar to that of the classic corruption of public officials whose criminal liability is without any serious doubt. If one assumes, however, that the physician in the respective triage situation is completely free in his decision as to which person is to be treated, then in such a case there are also "duties of conduct of equal rank".

According to the prevailing view, however, this means that even unfair motives or extraneous considerations cannot render a decision that is in principle permissible unlawful.<sup>36</sup> For the motives why the person concerned decides to save one patient and

<sup>35</sup> Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, 129 (132); Merkel, R./Augsberg, S., Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, *Juristenzeitung* 2020, 704 (705).

<sup>36</sup> Thus clearly Rönnau, T./Wegner, K., *Grundwissen - Strafrecht: Triage*, Juristische Schulung, 2020, 403 (404): "Even if [the physician] is guided by morally highly reprehensible motives, this is not a matter of criminally relevant wrongful death or injury"; Hoven, E./Hahn, J., *Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie*, *Juristische Arbeitsblätter* 2020, 481 (482): "Out of which motives [the physician] prefers one patient to another is irrelevant for the criminal law evaluation of his actions; he remains unpunished even if he makes his decision out of discriminatory - for example ideological or racist - considerations"; cf. also Jäger, C./Gründel, J., *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigten Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2020, 151 (152): 'A [...] respectable motive is [...] not required'; likewise Merkel, R., *Forschungsobjekt Embryo*, Deutscher Taschenbuchverlag, Munich, 2002, p. 153 Fn. 202;

against saving the other are irrelevant. Here, too, a human life is ultimately saved - on the basis of equally important duties of conduct - and the loss of an absolute and thus equivalent legal interest is thus averted. Precisely because of the equal value of the lives of all human beings, the legal system must (“grudgingly”) credit the physician for the rescue work performed.<sup>37</sup>

If one were to see this differently, one would punish the physician only on the basis of his inner motives, which would ultimately amount to the advocacy of an (in itself unacceptable) attitude-based criminal law.<sup>38</sup> Therefore, the physician must be granted extensive freedom of choice here, even if he is guided by extraneous considerations.<sup>39</sup>

Such a restriction of the justification would hardly meet the requirements of the principle of certainty in Art. 103 (2) of the German constitution (“what is still a fair motive and what is already an unfair motive”).<sup>40</sup> In this respect, there is a non-justiciable (“lawless”) space within the obligations of conduct of equal rank.<sup>41</sup> Following these thoughts, one arrives at the decisive question of whether the dominance of extraneous considerations or unfair motives on the part of the physician can actually constitute an “unlawful act of homicide” here,<sup>42</sup> or whether it is not rather a case of unlawful discrimination or corruption that is to be assessed independently.<sup>43</sup>

However, this is not to be sanctioned by the offense of homicide, but by other offenses - possibly yet to be created. This is also the case if one looks at extraneous considerations in the “standard” cases of a justifying conflict of duties in the form of

<sup>37</sup> Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Rönnau, T., De Gruyter, Berlin, New York, 13th ed., 2020 ff., preliminary remarks § 32 Rn. 127; Roxin, C./Greco, L., Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, C.H. Beck, Munich, 5th ed. 2020, § 16 Rn.121; Satzger, H., Die rechtfertigende Pflichtenkollision, Juristische Ausbildung 2010, 753 (757); Sowada, C., Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2020, 452 (455).

<sup>38</sup> Brech, A., Triage und Recht - Patientenauswahl beim Massenanfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 355; Roxin, C./Greco, L., Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, C.H. Beck, Munich, 5th ed. 2020, § 16 Rn. 121.

<sup>39</sup> Jäger, C./Gründel, J., Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2020, 151 (161).

<sup>40</sup> Brech, A., Triage und Recht – Patientenauswahl beim Massenanfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 358; Engländer, A./Zimmermann, T., „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 1398 (1400).

<sup>41</sup> Engländer, A./Zimmermann, T., „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 1398 (1400); cf. also Jakobs, G., Strafrecht Allgemeiner Teil, De Gruyter, Berlin, New York, 2nd ed. 1991, 15/6 Fn. 11.

<sup>42</sup> Dissenting Merkel, R./Augsberg, S., Die Tragik der Triage - straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, Juristenzeitung 2020, 704 (709).

<sup>43</sup> On the assessment of extraneous considerations as a potential act of corruption Merkel, R./Augsberg, S., Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, Juristenzeitung 2020, 704 (714).

duties of conduct of equal rank. If a father saves his son instead of his daughter in a case of conflicting duties because he regards sons as fundamentally more valuable, this constitutes improper discrimination, but in this respect, it does not constitute an unlawful act of homicide, since the father is generally permitted to save the son instead of the daughter. If the physician saves a patient who is more sympathetic to him than another, this cannot be judged differently. If he saves a patient because the latter offers him money to connect him to a respirator, this is a classic case of corruption, but ultimately also not an unlawful act of homicide. However, the German corruption offenses, above all § 299a of the German Criminal Code (StGB), do not currently cover this case.<sup>44</sup>

**Conclusion.** The present analysis has thus shown that in the field of “triage” there are different forms which need to be assessed in different ways from a legal point of view. While in the case of “ex-ante” triage there is a justifiable conflict of duties if the physician can save only one of several dying patients, the cases of “ex-post” triage and “preventive” triage are to be judged differently. Here, the physician is prohibited from removing a patient who is already connected to the ventilator in order to make it available to another patient (“ex-ante” triage). He is also prohibited from not connecting a patient to the ventilator because it is expected that another patient might be admitted soon who needs the ventilator in the same way (“preventive triage”). The analysis has further shown that extraneous considerations or unfair motives in connection with the selection of persons to be rescued in triage situations do not exclude a justification on the grounds of a “justifiable conflict of duties”. This is because these extraneous motives do not constitute an unlawful act of homicide if there is a classic constellation of equivalent duties of conduct in which the physician is fundamentally free in his decision.

A corresponding subjective selection on the basis of extraneous considerations can - if corresponding criminal offences existed, which, however, would first have to be created - constitute an independent discrimination or corruption offence, but not a homicide. In the future, the question will need to be answered whether the legislator could bring about a different solution by creating binding decision-making criteria. This would be possible if, through the creation of certain criteria for the physician in triage situations, unequal duties of conduct could be established, the violation of which would lead to the denial of a justification on the grounds of a justifiable conflict of duties. However, this should be viewed critically, since it would force the physician to undertake a comprehensive examination of various criteria which can hardly be predicted with certainty and which would lead to a delay in medical treatment in dilemma situations in which rapid action is required.

## References

---

1. Kern, B.-R./Rehborn, M., in: Laufs, A./Kern, B.- R./Rehborn, M. (eds.). R./Rehborn, M. (eds.), *Handbuch des Arztrechts*, C. H. Beck, Munich, 5th ed. 2019, § 21. Rn. 24. [in German].
2. Brech, A. *Triage und Recht - Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008. [in German].

<sup>44</sup> On this *Merkel, R./Augsberg, S., Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, *Juristenzeitung* 2020, 704 (714 Fn. 81).



3. Scholten, K. Triage - Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2011. [in German].
4. Ast, S., *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht*, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik. 2020, 268. [in German].
5. Coca-Vila, I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2021, 446. [in German].
6. Engländer, A./Zimmermann, T., «Rettungstötungen» in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 1398. [in German].
7. Gaede, K./Kubiciel, M./Saliger, F./Tsambikakis, M., *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*, Zeitschrift für Medizinstrafrecht 2020, 129. [in German].
8. Hoven, E., *Die «Triage»-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, Juristenzeitung 2020, 449. [in German].
9. Jäger, C./Gründel, J., *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigen Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2020, 151. [in German].
10. Merkel, R./Augsberg, S., *Die Tragik der Triage - straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, Juristenzeitung 2020, 704. [in German].
11. Sowada, C., *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise*, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2020, 452. [in German].
12. Hilgendorf, E./Hoven, E./Rostalski, F. (eds.), *Triage in der (Strafrechts)Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden 2021. [in German].
13. Engländer, A./Zimmermann, T., «Rettungstötungen» in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 1398 (1401) [in German].
14. BGH (Federal Court of Justice), *Beschluss vom 30.7.2003 - 5 StR 221/03*, Amtliche Sammlung vol. 48, p. 307 (311). [in German].
15. Fischer, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, C.H.Beck, Munich, 69th ed. 2022, § 32 Rn. 11a. [in German].
16. Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Dunker & Humblot, Berlin, 5th ed. 1996, § 33 V 1c, 2. [in German].
17. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch-Paeffgen*, H.-H./Zabel, B., Nomos, Baden-Baden, 5th ed. 2017, preliminary remarks §§ 32 ff. Rn. 174. [in German].
18. Heinrich, B., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 6th ed. 2019, para. 513. [in German].
19. Freund, G./Rostalski, F., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 3rd ed. 2019, § 6 Rn. 96 ff. [in German].
20. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch-Freund*, G., C.H. Beck, Munich, 4th ed. 2020, § 13 Rn. 196 f. [in German].
21. Erb, V., *Der rechtfertigende Notstand*, Juristische Schulung 2010, 17 (29). [in German].
22. Krey, V./Esser, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 6th ed. 2020, Rn. 630 ff. [in German].
23. Küper, W., *Kollidierende Pflichtenmehrheit oder singuläre Pflichteinheit? - Zur Rekonstruktion und Rehabilitierung der rechtfertigenden Pflichtenkollision*, Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, Munich, 2018, p. 67. [in German].
24. Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, Munich, 12th ed. 2020, § 49 Rn. 41. [in German].
25. Rönnau, T., *Grundwissen - Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision*, Juristische Schulung 2013, 113 (113 ff.). [in German].
26. Roxin, C./Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, Munich, 5th ed. 2020, § 16 Rn. 119. [in German].
27. Schönke, A./Schröder, H.-Sternberg-Lieben, D., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, C.H. Beck, Munich, 30th ed. 2019, preliminary remarks §§ 32 ff. Rn. 73. [in German].
28. BGH, *decision of 28.5.2002 - 5 StR 16/02*, Amtliche Sammlung, vol. 47, p. 318 (322).



- [in German].
29. Baumann, J./Weber, U./Mitsch, W./Eisele, J.-Mitsch, W., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Giesecking, Berlin, 12th ed. 2016, § 21 Rn. 101. [in German].
  30. Gropp, W./Sinn, A., Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer, Berlin, 5th ed. 2021, § 5 Rn. 329. [in German].
  31. Kühl, K., Strafrecht Allgemeiner Teil, Vahlen, Munich, 8th ed. 2017, § 18 Rn. 137. [in German].
  32. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Rönnau, T., De Gruyter, Berlin, New York, 13th ed., 2020 ff. preliminary remarks § 32 Rn. 117. [in German].
  33. Jakobs, G., Strafrecht Allgemeiner Teil, De Gruyter, Berlin, New York, 2nd ed. 1991, 15/15a. [in German].
  34. Kindhäuser, U./Zimmermann, T., Strafrecht Allgemeiner Teil, Nomos, Baden-Baden, 10th ed. 2021, § 18 Rn. 2. [in German].
  35. Joecks, W./Jäger, J., Studienkommentar StGB, C.H. Beck, Munich, 13th ed. 2021, § 13 Rn. 77. [in German].
  36. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch-Stein, U., Carl Heymanns, Cologne, 9th ed. 2017, § 13 Rn. 45. [in German].
  37. Otto, H., Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7th ed. 2004, De Gruyter, Berlin, New York, § 8 Rn. 194. [in German].
  38. Rönnau, T./Wegner, K., Grundwissen - Strafrecht: Triage, Juristische Schulung, 2020, 403 (405). [in German].
  39. Hörnle, T./Wohlers, W., The Trolley Problem Reloaded. Wie sind autonome Fahrzeuge für Leben-gegen-Leben-Dilemmata zu programmieren? Goldammer's Archiv für Strafrecht 2018, 12 (28). [in German].
  40. Taupitz, J., Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise – Wer darf überleben? Zeitschrift Medizinrecht 2020, 440 (448). [in German].
  41. Lindner, J., Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates ein unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen? Zeitschrift für Medizinstrafrecht 2020, 199. [in German].
  42. BGH, judgment of 28.6.2017 - 5 StR 20/16, Amtliche Sammlung, vol. 62, p. 223. [in German].
  43. Ast, S., Die Manipulation der Organallokation. Vereiteln von Rettungshandlungen als mittelbare Täterschaft, Höchststrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen 2017, 500. [in German].
  44. Duttge, G., Manipulationen in der Transplantationsmedizin und die Frage nach ihrer angemessenen Sanktionierung, Zeitschrift für Lebensrecht 2018, 130. [in German].
  45. Greco, L., Objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand? Überlegungen aus Anlass des BGH-Urteils zum Göttinger Transplantationsskandal (BGHSt 62, 223), Goldammer's Archiv für Strafrecht 2018, 539. [in German].
  46. Hoven, E./Hahn, J., Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie, Juristische Arbeitsblätter 2020, 481 (482). [in German].
  47. Merkel, R., Forschungsobjekt Embryo, Deutscher Taschenbuchverlag, Munich, 2002, p. 153 Fn. 202. [in German].
  48. Satzger, H., Die rechtfertigende Pflichtenkollision, Juristische Ausbildung 2010, 753 (757). [in German].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.



*Ю. В. Луценко*, докт. юрид. наук, професор, начальник відділу  
Рада національної безпеки і оборони України  
вул. Петра Болбочана, 8, Київ, 01601, Україна  
e-mail: yuriy\_lutsenko@ukr.net  
ORCID ID: 0000-0002-8731-2941

## ПРОБЛЕМИ ПРАКТИЧНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ВВЕДЕННЯ ОСОБИ ДО ОРГАНІЗОВАНОЇ ЗЛОЧИННОЇ ГРУПИ ЧИ ЗЛОЧИННОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ДЛЯ ВИКОНАННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ЗАВДАННЯ З ПОПЕРЕДЖЕННЯ ЧИ РОЗКРИТТЯ ЇЇ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті досліджено існуючі проблеми практичної реалізації введення особи до організованої злочинної групи чи злочинної організації для виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття її злочинної діяльності в сучасних умовах. Звернено увагу на зростання масштабів організованої злочинності, поширення її впливу практично на всі сфери суспільного життя, у тому числі, намагання окремих її представників контролювати політичні та економічні процеси в державі, у зв'язку з чим створюється реальна загроза національній безпеці, що у свою чергу, висувається перед суб'єктами боротьби нові завдання та зумовлюють пошук дієвих заходів, спрямованих на протидію зазначеному негативному суспільному явищу. Звернено увагу, що підвищення ефективності боротьби зі злочинністю, яка набуває на сучасному етапі професіоналізму, організованості, транснаціоналізації, а, також, зміцнення гарантії забезпечення прав, свобод і законних інтересів особи в кримінальному судочинстві потребують удосконалення інструментарію отримання доказів у кримінальному процесі. Нестабільність суспільно-політичної та економічної ситуації в суспільстві, недосконалість механізму державного управління та відсутність дієвого суспільного контролю за діяльністю органів державної влади, стрімке зниження життєвого рівня більшості населення, а, також, ряд інших факторів, наразі створили сприятливі умови для розвитку організованої злочинності.

У роботі наголошено, що виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованих злочинних угруповань – це особливий вид завдання з попередження чи розкриття діяльності організованої групи або злочинної організації, виконувати яке можливо, лише беручи участь у злочинній діяльності вказаних угруповань, з метою входження у довіру та отримання необхідної інформації.

**Ключові слова:** організована/транснаціональна злочинність, злочини проти основ національної безпеки України, виконання спеціального завдання, негласне/конфіденційне співробітництво, оперативно-розшукова/агентурно-оперативна діяльність, незаконний обіг наркотиків і психотропних речовин, корупція, тероризм, бандитизм, незаконне зброяне формування.

**Постановка проблеми.** Організована злочинність і боротьба з нею в нашій державі є надзвичайно складною, актуальною та гострою проблемою. Нестабільність суспільно-політичної та економічної ситуації в суспільстві, недосконалість механізму державного управління та відсутність дієвого суспільного контролю за діяльністю органів державної влади, стрімке зниження життєвого рівня біль-



легендованого введення штатних та нештатних негласних співробітників в організовані злочинні угруповання (ст. 13).

Отже, маємо констатувати, що ведення особи до організованої злочинної групи чи злочинної організації для виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття її злочинної діяльності може здійснюватися як в рамках кримінального процесу (як НСРД), так і в межах оперативно-розшукової діяльності (відповідно до Законів України «Про оперативно-розшукову діяльність» та «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю»).

При цьому, відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативні підрозділи уповноважені виконувати спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації *відповідно до положень ст. 272 КПК України*. Така конструкція норми має рекурсивний характер і на практиці породжує дискусії щодо того, чи вказує вона суто на порядок проведення відповідного оперативно-розшукового заходу, аналогічний до регламентованого у КПК України, або ж на те, що вказаний захід може проводитись виключно як НСРД в ході досудового розслідування.

Зазначене свідчить про те, що виконання спеціального завдання має подвійну правову природу та може мати різні мету, підстави та специфіку проведення, залежно від того, на виконання мети кримінального судочинства чи оперативно-розшукової діяльності його здійснюють [12, с. 184; 14, с. 258].

Для аналізу нормативно-правових засад та проблем практичної реалізації питань, що стосуються введення особи до організованої злочинної групи чи злочинної організації для виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття її злочинної діяльності доцільно застосовувати вертикальну (ієрархічну) систему законодавства, основним критерієм побудови якої є юридична сила нормативно-правових актів. Традиційно така система виглядає наступним чином: 1) Конституція України – Основний Закон, що має найвищу юридичну силу; 2) міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, які є частиною національного законодавства; 3) закони України (кодифіковані та некодифіковані); 4) підзаконні нормативно-правові акти (укази Президента України; постанови Кабінету Міністрів України; підзаконні нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади й інших центральних органів державної влади; нормативно-правові акти місцевих органів виконавчої влади; нормативно-правові акти органів місцевого самоврядування). Основою правового регулювання в державі є Конституція України, що становить базис для діяльності всіх державних органів, зокрема й із правоохоронними функціями. Конституція України встановлює основу правового регулювання і для виконання спеціального завдання, визначаючи засади конституційного статусу особи в державі, функціонування системи законодавчих, виконавчих і судових органів державної влади. Відповідність вимогам, закріпленим в Основному Законі, є беззаперечною під час проведення всіх без винятку НСРД, є першочерговим критерієм оцінки їхньої законності, а, також, допустимості отриманих під час їх проведення доказів. Крім того, Конституція як акт найвищої юридичної сили визначає базові цінності, основи та напрями подальшого розвитку законодавства, що регулює правоохоронну діяльність. Вагоме значення у правовому регулюванні сьогодні мають міжнародні акти, ратифіковані Україною, адже

вони відображають прогресивні спрямування міжнародної спільноти й задають вектори позитивного розвитку національного законодавства. Попри те, що вони передбачають загальні питання співробітництва у сфері кримінальної юстиції, окремі з них мають значення в розрізі правового регулювання виконання спеціального завдання та закріплюють базові положення щодо боротьби з незаконним обігом наркотиків і психотропних речовин (Конвенція Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) про боротьбу з незаконним обігом наркотиків і психотропних речовин [9]), транснаціональною злочинністю (Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності [11]), корупцією (Конвенція ООН проти корупції [10] тощо. Крім того, попри вживання різної термінології, необхідно зазначити, що цими актами надається можливість проведення дій, аналогічних виконанню спеціального завдання: агентурних операцій (ч. 1 ст. 20 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності), таємних операцій (ч. 1 ст. 50 Конвенція ООН проти корупції) під час боротьби з відповідними видами кримінальних правопорушень. Водночас аналіз змісту вказаних актів свідчить, що міжнародні конвенції не обмежуються можливістю проведення таких заходів тільки щодо організованої злочинності, що є аргументом на користь можливого розширення сфери застосування виконання спеціального завдання [12, с. 184].

Відповідно до ст. 272 КПК України, під час досудового розслідування тяжких або особливо тяжких злочинів можуть бути отримані відомості, речі і документи, які мають значення для досудового розслідування, особою, яка відповідно до закону виконує спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації, або є учасником зазначеної групи чи організації, який на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування.

Виконання зазначеними особами такого спеціального завдання, як НСРД, здійснюється на підставі постанови слідчого, погодженої з керівником органу досудового розслідування, або постанови прокурора із збереженням у таємниці достовірних відомостей про особу.

У постанові, крім відомостей, передбачених ст. 251 КПК України, зазначається: 1) обґрунтування меж спеціального завдання; 2) використання спеціальних несправжніх (імітаційних) засобів.

Виконання спеціального завдання не може перевищувати шість місяців, а в разі необхідності, строк його виконання продовжується слідчим за погодженням з керівником органу досудового розслідування або прокурором на строк, який не перевищує строку досудового розслідування.

У п. 1.13 спільного наказу ОГП України, МВС України, СБ України, Міністерства фінансів України, Адміністрації Держприкордонслужби України, Міністерства юстиції України від 16 грудня 2012 року «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» [19] деталізовано, що виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації полягає в *організації* слідчим і оперативним підрозділом *введення уповноваженої ними особи, яка відповідно до закону виконує спеціальне завдання*, в організовану групу чи злочинну організацію під легендою прикриття для отримання речей і документів, відомостей про її структуру, способи і методи злочинної діяльності, які мають значення для розслідування злочину або злочинів, які вчиняються цими групами.



Також у вказаному пункті наказу передбачено, що виконання спеціального завдання здійснюється на підставі постанови слідчого, погодженої з керівником органу досудового розслідування, або постанови прокурора зі збереженням у таємниці достовірних відомостей про особу і не потребує дозволу слідчого судді.

У цьому зв'язку необхідно відзначити, що не дивлячись на те, що у чинному законодавстві України існують норми, які створюють підстави для залучення до негласного співробітництва з правоохоронними органами учасників організованих злочинних угруповань, дотепер існує правова проблема розроблення і запровадження механізмів реалізації зазначених норм на практиці. Зокрема, спільний наказ ОГП України, МВС України, СБ України, Міністерства фінансів України, Адміністрації Держприкордонслужби України, Міністерства юстиції України від 16 грудня 2012 року «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» [19] відповідних механізмів не передбачає і не регламентує порядку проведення НСРД, що розглядається, за участі учасника організованої групи чи злочинної організації, який на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування.

Щодо цієї категорії осіб існує також певна колізія між назвою ст. 272 КПК України та її змістом. Так, назва статті – «Виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації» має свідчити про те, що виконанням спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації охоплюються всі випадки проведення відповідної НСРД, втім, в тексті ч. 1 цієї статті, як вже зазначалося, мова йде окремо про «особу, яка відповідно до закону виконує спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації» та «учасника зазначеної групи чи організації, який на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування». Таке формулювання ч. 1 ст. 272 КПК України дозволяє дійти висновку про те, що *учасник організованого злочинного угруповання, який на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування, спеціального завдання не виконує* (що може негативно позначатися на характері оцінки його дій правоохоронними органами).

Крім того, дискусійним лишається положення ст. 272 КПК України щодо реалізації органами досудового розслідування можливостей щодо встановлення конфіденційного співробітництва, адже агентурно-оперативна діяльність є не властивою для органів досудового розслідування і не входить до їх основних завдань та функцій. Натомість, відповідно до п.п. 12–14 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» підрозділи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, наділені правами: мати гласних і негласних штатних та позаштатних працівників, встановлювати конфіденційне співробітництво з особами на засадах добровільності, отримувати від юридичних та фізичних осіб безкоштовно або за винагороду інформацію про злочини, які готуються або вчинені.

Не менш дискусійним є також зміст поняття «*уповноважена особа, яка відповідно до закону виконує спеціальне завдання*». Зокрема, як вже зазначалося, відповідно до ст. 13 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», до організованих злочинних угруповань можуть вводитись *штатні та нештатні негласні співробітники*. Відповідно до ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [17], оперативні

підрозділи мають право «виконувати спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, згідно з положеннями статті 272 Кримінального процесуального кодексу України» (п. 8). Пунктами 13–14 ч. 1 тієї ж статті передбачається, що оперативним підрозділам надане право «мати *гласних і негласних штатних та позаштатних працівників*» (п. 13) та «*використовувати конфіденційне співробітництво*» (п. 14), втім, чітко не визначено, хто саме може виконувати спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованого злочинного угруповання. У контексті дослідження відповідного заходу як НСРД, передусім постає питання – чи може бути таким суб'єктом виключно співробітник правоохоронного органу або також і особа, з якою здійснюється конфіденційне співробітництво? Зумовлюють різночитання й терміни «працівник» та «співробітник».

На практиці викликає сумніви також доцільність встановлення обмеженого терміну виконання спеціального завдання, адже виконання будь-якої «операції під прикриттям» може бути як тактичним (короткостроковим), так і стратегічним (довгостроковим). Тільки на організацію та підготовку такої потребується час, який може значно перевищувати шестимісячний термін, адже до її здійснення залучається значний потенціал великої кількості спеціалістів. Потребує також ретельної підготовки введення негласного співробітника до складу організованої групи чи злочинної організації та виведення його після виконання завдання, адже від цього залежить не тільки результативність протидії організованій злочинності, а й, насамперед, здоров'я та життя самого оперативного співробітника [2, с. 264–265; 5, с. 182].

Оперативне впровадження як оперативно-розшуковий захід полягає у конспіративному введенні штатного або позаштатного співробітника оперативного підрозділу чи особи, з якою здійснюється конфіденційне співробітництво (конфідента) у кримінальне середовище або на відповідні об'єкти з метою добування відомостей про особи, факти й обставини, що представляють оперативний інтерес, впливу на певних осіб та здійснення іншої конспіративної участі у вирішенні або сприянні вирішенню завдань оперативно-розшукової діяльності [7, с. 359–360].

Вперше цей метод було застосовано кримінальною поліцією Франції. За радянських часів Інститут «штатної агентури» вводився тричі, насамперед, через серйозні ускладнення оперативної обстановки, поширення бандитизму, розкрадань у великих розмірах та інших тяжких злочинів. Метод оперативного впровадження широко застосовується у практиці як іноземних, так і вітчизняних правоохоронних органів і сьогодні.

Ю. І. Кваша та К. В. Сурков визначають оперативне впровадження як оперативно-розшуковий захід, що має форму розвідувальної операції, що передбачає проникнення оперативного працівника всередину об'єкта, що цікавить оперативний підрозділ (влаштування на роботу тощо), і добування потрібних йому відомостей від людей, які довіряють йому і абсолютно не підозрюють про справжню його роль [4, с. 232].

А. Ю. Шумилов вважає, що оперативне впровадження полягає у придбанні оперативно-розшуковим органом конфіденційного джерела інформації всередині об'єкта оперативного інтересу (злочинного співтовариства тощо) та (або) в

його оточенні (криміногенному середовищі тощо) для оптимального вирішення завдань оперативно-розшукової діяльності та досягнення її цілей у сформованій оперативній обстановці [16, с. 361].

Наведені вище визначення оперативно-розшукового заходу «оперативне впровадження» є досить самостійними за змістом і представляють певний інтерес для науки, теорії та практики оперативно-розшукової діяльності.

Слід зазначити, що лексична конструкція, яка застосовується законодавцем («виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації»), є занадто громіздкою для позначення оперативно-розшукового заходу або конкретної НСРД. Аналіз практичної діяльності засвідчує, що у повсякденному службовому спілкуванні оперативними працівниками використовується скорочена форма цієї конструкції – «виконання спеціального завдання» [6, с. 177–200]. Втім, ст. 21 Закону України «Про розвідку» [8] також передбачає, що співробітники кадрового складу та особи, залучені до конфіденційного співробітництва, в інтересах забезпечення національної безпеки і оборони можуть виконувати заздалегідь затверджені керівником розвідувального органу розвідувальні (спеціальні) завдання, у тому числі, перебуваючи у складі терористичних чи інших злочинних організацій, транснаціональних організованих злочинних груп, інших організацій, що створюють зовнішні загрози національній безпеці України (ч. 1 ст. 21). Тобто, юридична конструкція «виконання спеціального завдання» за чинним законодавством є ширшою, аніж суто виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

При цьому терміни «введення», «проникнення» та «впровадження», які також часто застосовуються у практичній діяльності, вказують радше на початковий етап виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації. Це, в свою чергу, породжує дискусію щодо положень ст. 13 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю». Так, вказівка не те, що негласні співробітники «вводяться під легендою прикриття в організовані злочинні угруповання» трактується як наявність двох самостійних суб'єктів у правоохоронному середовищі: *уповноваженого підрозділу, яким здійснюються заходи щодо введення безпосереднього виконавця у злочинне угруповання та власне безпосереднього виконавця* – негласного співробітника правоохоронного органу. Відповідно, за таких умов «введення» (для оперативного підрозділу правоохоронного органу), «проникнення» та «виконання спеціального завдання» (для негласного співробітника) можуть розглядатися як окремі етапи оперативного впровадження як різновиду таємних операцій, що передбачають роботу «під прикриттям».

Процес підготовки оперативного впровадження включає: з'ясування задачі; оцінку оперативної обстановки, в якій проводитиметься оперативне впровадження; розробку оперативного задуму; розрахунок та виділення необхідних сил та засобів; раціональний розподіл обов'язків між виконавцями; прийняття та затвердження рішення на проведення впровадження; складання плану впровадження та ряд інших заходів.

Намічені планом оперативного впровадження заходи мають бути ефективними, конкретними, реально здійсненими та економічними з погляду витрачання коштів.



ня співробітника або агента зі злочинного угруповання і завершення виконання спеціального завдання.

Відсутність судового контролю при проведенні виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації свідчить про те, що законодавець вважає, що такий захід не пов'язаний із суттєвим обмеженням конституційних прав. Отже, вважається за доцільне виключити тяжкість злочину як ознаку, яка б враховувалась при застосуванні оперативного впровадження, що дозволить реалізовувати його превентивну функцію [20, с. 151].

Досліджуючи нормативно-правові засади та проблеми практичної реалізації при введенні особи до організованої злочинної групи чи злочинної організації для виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття її злочинної діяльності, необхідно зазначити, що КК України закріплює базові категорії, які використовують під час проведення НСРД та оперативно-розшукових заходів. Так, визначаючи підстави для проведення виконання спеціального завдання, необхідно оперувати такими категоріями, як: «класифікація злочинів за тяжкістю» (ст. 12 КК України), оскільки, як вже наголошувалось, НСРД, що передбачені ст. 272 КПК України (а відповідно – й оперативно-розшукові заходи аналогічного змісту, передбачені Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність»), можна проводити виключно у кримінальних провадженнях щодо тяжкого й особливо тяжкого злочину; співучасті та визначення злочинів, які вважаються вчиненими організованою групою або ж злочинною організацією, адже тільки у кримінальних провадженнях щодо таких злочинних об'єднань може застосовуватись ст. 272 КПК України. Крім того, КК України визначає низку важливих положень, які формують основу правового статусу особи, що виконує спеціальне завдання – мова йде передусім про ст. 43 КК України, яка відносить виконання спеціального завдання до обставин, що виключають злочинність діяння.

Згідно з ч. 1 ст. 43 КК України, «не є кримінальним правопорушенням *вимушене* заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх кримінально протиправної діяльності».

Отже, заподіяння шкоди має бути вимушеним, тобто, виходячи з конкретної ситуації, особа, що виконувала спеціальне завдання, іншим шляхом не змогла б викликати до себе довіру, або була б викрита її справжня роль, або вона, таким чином, попереджувала чи розкривала більш тяжкі злочини, або викривала структуру угруповання і дійсню значущість її членів.

Водночас, закон обмежує правомірність завданої шкоди. Так, згідно з ч. 2 ст. 43 КК України, особа, зазначена у частині першій цієї статті, підлягає кримінальній відповідальності лише за вчинення у складі організованої групи чи злочинної організації *особливо тяжкого злочину, вчиненого умисно і поєднаного з насильством над потерпілим, або тяжкого злочину, вчиненого умисно і пов'язаного з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків*.

Тобто, не тягне за собою кримінальну відповідальність вчинення особою, що виконувала спеціальне завдання, у складі організованої групи умисного особли-







нього виконавця у злочинне угруповання та *безпосереднього виконавця* – негласного співробітника правоохоронного органу, слід зауважити, що всі передбачені Розділом IV вказаного закону заходи, спрямовані на боротьбу з організованою злочинністю, входили до кола повноважень спеціальних підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю, які наразі ліквідовані.

Необхідно звернути увагу й на те, що відповідно до чинного законодавства введення негласного співробітника до організованого злочинного угруповання можливе лише в рамках наявної оперативно-розшукової справи чи кримінального провадження, що ускладнює впровадження у злочинне середовище, пов'язані з ним об'єкти та сфери діяльності, для виконання стратегічних (довгострокових) завдань протидії злочинності в рамках ініціативного пошуку.

**Висновки і пропозиції.** Враховуючи викладене, видається за доцільне:

1. Удосконалити організаційно-правові засади протидії організованій злочинності шляхом розробки та прийняття нової редакції Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю»;

2. Розмежувати підстави та порядок проведення виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації як НСРД та оперативного впровадження в рамках оперативно-розшукової діяльності;

3. Актуалізувати підзаконні нормативно-правові акти з питань діяльності негласних співробітників правоохоронних органів;

4. Розширити сферу застосування відповідного різновиду таємних операцій на весь спектр особливо тяжких злочинів, у т. ч. виклавши назву ст. 272 КПК України у такій редакції: «Виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності»;

5. Синхронізувати термінологію, що використовується в різних нормативно-правових актах.

### Список використаної літератури

1. Азаров М. Ю. Особливості виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної діяльності. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2013. № 1 (29). С. 11–18.
2. Албул С. В., Хімченко С. А. Виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації: новий крок у правовому забезпеченні. *Правове життя сучасної України*: матеріали Між-нар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу (Одеса, 16–17 трав. 2013 р.). Одеса: Фенікс, 2013. Т. 2. С. 263–265.
3. Венедіктов А. А. Виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації в оперативно-розшуковій діяльності та кримінальному процесі. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2014. № 2 (33). С. 73–77.
4. Горяйнов К. К., Кваша Ю. И., Сурков К. В. Федеральний закон об оперативно-розыскной деятельности. Комментарий. М.: Новый юрист, 1997. 576 с.
5. Григоренко О. І. Гносеологічна функціональність правоохоронної розвідки. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2014. № 3. С. 28–31.
6. Грібов М. Л., Козаченко О. І. Негласне співробітництво в механізмі забезпечення прав людини. Вінниця: ТВОРИ, 2022. 352 с.
7. Грошевий Ю. М., Фомін С. Б. Кримінально-процесуальне доказування та оперативно-розшукова діяльність: навч. посіб. Харків: Право, 2010. 112 с.



- rozysknoy deyatel'nosti. Kommentariy. M.: Novyy yurist, 576 s. [in Russian].
5. Hryhorenko, O. I. (2014). Hnoseolohichna funktsional'nist' pravookhoronnoyi rozvidky. *Pivdenoukrayins'kyi pravnychyy chasopys*. № 3. S. 28–31 [in Ukrainian].
  6. Hribov, M. L., Kozachenko, O. I. (2022). Nehlasne spivrobotnytstvo v mekhanizmi zabezpechennya prav lyudyny. Vinnytsya: TVORY, 352 s. [in Ukrainian].
  7. Hroshevyy, Yu. M., Fomin, S. B. (2010). Kryminal'no-protsesual'ne dokazuvannya ta operatyvno-rozshukova diyal'nist': navch. posib. Kharkiv: Pravo, 112 s. [in Ukrainian].
  8. Pro rozvidku: Zakon Ukrayiny. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/912-20#Text> [in Ukrainian].
  9. Konventsiya Orhanizatsiyi Ob'yednanykh Natsiy pro borot'bu z nezakonnym obihom narkotyktiv i psykhotropnykh rehovyn, ratyfikovana Zakonom Ukrayiny vid 25.04.1991 № 1000-XII. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_096#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_096#Text) [in Ukrainian].
  10. Konventsiya Orhanizatsiyi Ob'yednanykh Natsiy proty koruptsiyi, ratyfikovana Zakonom Ukrayiny vid 18.10.2006 № 251–V. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text) [in Ukrainian].
  11. Konventsiya Orhanizatsiyi Ob'yednanykh Natsiy proty transnatsional'noyi orhanizovanoyi zlochynnosti, ratyfikovana Zakonom Ukrayiny vid 04.02.2004 № 1433–IV. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_789#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789#Text) [in Ukrainian].
  12. Kudinov, S. S., Bachyns'kyi, O. V. (2019). Pravove rehulyuvannya vykonannya spetsial'noho zavdannya z rozkryttya zlochynnoyi diyal'nosti orhanizovanoyi hrupy chy zlochynnoyi orhanizatsiyi. *Prykarpat-s'kyi yurydychnyy visnyk*. Vypusk 4(29). T. 1. S. 183–188 [in Ukrainian].
  13. Kuznyetsov, V. V., Savchenko, A. V. (2007). Kryminal'ne pravo Ukrayiny: posib. dlya pidhot. do ispytyv za zah. red. O. M. Dzhuzhy. [2-e vyd., dop. ta pererob.]. Kyiv: Vyd. PALYVODA A. V. 300 s. [in Ukrainian].
  14. Man'kovs'kyi, N. Ya. (2016). Stan naukovoyi rozrobky vykonannya spetsial'noho zavdannya z rozkryttya zlochynnoyi diyal'nosti orhanizovanykh hrup. *Prykarpat-s'kyi yurydychnyy visnyk*. Vypusk 1(10), S. 257–260 [in Ukrainian].
  15. Mikhaylov, V. I., Fedorov, A. V. (1999). Tamozhennyye prestupleniya: A. V. Fedorova. SPb.: Yuridicheskyy tsentr Press, 336 s. [in Russian].
  16. Operativno-rozysknaya deyatel'nost': ucheb. (2001). / pod. red. K. K. Goryaynova, B. C. Ovchinskogo, A. Yu. Shumilova. M.: INFRA-M. 794 s. [in Russian].
  17. Pro operatyvno-rozshukovu diyal'nist': Zakon Ukrayiny vid 18.02.1992 № 2135-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text> [in Ukrainian].
  18. Pro orhanizatsiyino-pravovi osnovy borot'by z orhanizovanoyu zlochynnistyuu: Zakon Ukrayiny vid 30.06.1993 № 3341-XII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3341-12#Text> [in Ukrainian].
  19. Pro orhanizatsiyu provedennya nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) diy ta vykorystannya yikh rezul'tativ u kryminal'nomu provadzhenni: Nakaz OHP Ukrayiny, MVS Ukrayiny, SB Ukrayiny, Ministerstva finansiv Ukrayiny, Administratsiyi Derzhprykordonsluzhby Ukrayiny, Ministerstva yustytisyi Ukrayiny vid 16.12.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5 [in Ukrainian].
  20. Fomin, S. B., Turov, V. D. (2017). Operatyvne vprovadzhennya: mynule, s'ohodennya, maybutnye. *Aktual'ni problemy vitchyznyanoi yurysprudentsiyi*. № 6. T. 1. S. 148–152. [in Ukrainian].
  21. The Use of Covert Human Intelligence Sources: Code of Practice. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/covert-human-intelligence-sources-code-of-practice-2022/covert-human-intelligence-sources-revised-code-of-practice-accessible>.

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

*Yu. V. Lutsenko*, Doctor of Law, Professor, Head of Department  
National Security and Defense Council of Ukraine  
Petro Bolbochan Str., 8, Kyiv, 01601, Ukraine  
e-mail: yuriy\_lutsenko@ukr.net  
ORCID ID: 0000-0002-8731-2941

**PROBLEMS OF PRACTICAL IMPLEMENTATION INTRODUCTION  
OF A PERSON INTO AN ORGANIZED CRIMINAL GROUP OR  
CRIMINAL ORGANIZATION TO PERFORM THE SPECIAL TASK OF  
UNDERSTANDING CRIMINAL ACTIVITIES**

**Summary**

The article examines the existing problems of the practical implementation of the introduction of a person into an organized criminal group or criminal organization to perform a special task of preventing or uncovering his criminal activity in modern conditions. Attention is paid to the growth of the scale of organized crime, the spread of its influence on almost all spheres of public life, including the efforts of some of its representatives to control political and economic processes in the state, which creates a real threat to national security, which in turn, new tasks are presented to the subjects of the struggle and lead to the search for effective measures aimed at counteracting the specified negative social phenomenon. Attention is drawn to the fact that increasing the effectiveness of the fight against crime, which is gaining professionalism, organization, and transnationalization at the current stage, as well as strengthening the guarantee of ensuring the rights, freedoms and legitimate interests of a person in criminal proceedings, require the improvement of the toolkit for obtaining evidence in the criminal process. The instability of the socio-political and economic situation in society, the imperfection of the mechanism of state administration and the lack of effective public control over the activities of state authorities, the rapid decline in the standard of living of the majority of the population, as well as a number of other factors have currently created favorable conditions for the development of organized crime.

The work emphasizes that the performance of a special task to prevent or uncover the criminal activities of organized criminal groups is a special type of task to prevent or uncover the activities of an organized group or criminal organization, which can be performed only by participating in the criminal activities of the specified groups with the aim of gaining trust and obtaining the necessary information.

**Keywords:** organized/transnational crime, crimes against the foundations of the national security of Ukraine, execution of a special task, covert/confidential cooperation, operational-investigative/agency-operational activity, illegal drug and psychotropic substance trafficking, corruption, terrorism, banditry, illegal armed formation.

*О. М. Миколенко*, докт. юрид. наук, професор

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Кафедра кримінального права, кримінального процесу та криміналістики

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

e-mail: mikolenkoalena@gmail.com

ORCID ID: 0000-0003-2080-413X

## ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАХИСТУ УЧАСНИКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В СУЧАСНИХ УМОВАХ

У статті визначені і охарактеризовані окремі проблемні аспекти захисту учасників кримінального провадження, які обумовлені введенням воєнного стану в Україні. Встановлено, що із запровадженням в Україні воєнного стану практика з реалізації норм кримінального процесуального законодавства отримала багато нових проблем та викликів, які потребують нормативного врегулювання чи розв'язання судовою практикою. Однією з таких невирішених проблем є обмеження конституційних прав і свобод та законних інтересів осіб в контексті захисту учасників кримінального провадження під час воєнного стану. Обґрунтовано думку, що зміни, які стосуються особливостей кримінального провадження в умовах воєнного стану, слід оформлювати окремим спеціальним законом, який вступатиме в силу виключно в надзвичайних умовах чи в умовах воєнного стану. Визначені чинники, які впливають на те, що норми кримінального процесуального права, які були ефективними в мирний час, стали малоефективними в умовах воєнного стану: 1) наявність реальної загрози здоров'ю і життю суб'єктів кримінального провадження (слідчим, суддям, прокурорам, дізнавачам); 2) наявність реальної загрози здоров'ю і життю учасникам кримінального провадження; 3) безладдя у суспільстві, яке виникає в надзвичайних умовах, окремі учасники кримінального провадження використовують для затягування кримінального процесу чи для уникнення від правосуддя; 4) відсутність критеріїв оцінки в умовах воєнного стану порушень учасниками кримінального провадження своїх процесуальних обов'язків; 5) використання традиційних форм судового засідання, які в умовах воєнного стану та умовах науково-технічного прогресу, вже не відповідають потребам сучасного цивілізованого суспільства; 6) не в повній мірі використовується на практиці потенціал передбачених кримінальним процесуальним законодавством форм захисту прав особи в кримінальному провадженні.

**Ключові слова:** захист учасників кримінального провадження, кримінальне провадження в умовах воєнного стану, ефективність кримінальних процесуальних норм, форми захисту прав особи в кримінальному провадженні, електронний суд, використання засобів електронних інформаційно-комунікаційних технологій в кримінальному судочинстві.

**Постановка проблеми.** Із запровадженням в Україні воєнного стану з 24 лютого 2022 року, кримінальний процес країни «збагатився» багатьма новими проблемами та викликами, які потребують нормативного врегулювання чи розв'язання судовою практикою. Незважаючи на те, що у серпні 2022 року набув чинності Закон України «Про внесення змін до Кримінального процесуального



кодексу України щодо удосконалення окремих положень досудового розслідування в умовах воєнного стану» [1], яким були суттєво доповнені положення Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК України), окремі проблеми як кримінально-правового регулювання, так і правозастосовної діяльності суб'єктів кримінального провадження й досі залишаються невирішеними. Однією з таких невирішених проблем є обмеження конституційних прав і свобод та законних інтересів осіб в контексті захисту учасників кримінального провадження під час воєнного стану.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Тема захисту учасників кримінального провадження досить об'ємна, і в залежності від поняття захисту, кримінальної процесуальної функції захисту, учасників захисту, способів захисту, тощо, можна виділити різні її аспекти та галузі дослідження. Наприклад, важливий внесок у дослідження поняття та видів кримінальних процесуальних функцій зробили Ю. П. Аленін, Ю. М. Грошевий, І. В. Гловюк, О. В. Капліна, Л. М. Лобойко, В. О. Попелюшко, В. М. Тертишник та ін. Функція захисту у кримінальному процесі була предметом дослідження в працях Я. С. Авраха, С. П. Бекешко, І. В. Гловюк, С. М. Даровських і ін. Проблема забезпечення діяльності захисника була досліджена в роботах В. І. Боярова, І. Л. Бронза, Т. В. Варфоломєєвої, В. Г. Гончаренко, Я. П. Зейкана та ін. Втім, вищезазначені вчені більше уваги приділяли розкриттю змісту функції захисту, а, також, формам захисту підозрюваного, обвинуваченого і свідка, що передбачені кримінальним процесуальним законодавством, і менше уваги – проблемам реалізації функції захисту та форм захисту учасників кримінального провадження в сучасних надзвичайних умовах – «в умовах військового стану». Таким чином, аналіз проблем захисту учасників кримінального провадження в сучасних умовах є актуальним напрямом досліджень науки кримінального процесуального права.

**Мета статті.** Метою даної публікації є розгляд окремих проблемних аспектів захисту учасників кримінального провадження, які обумовлені введенням воєнного стану в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Визначальним для кримінального процесуального законодавства є положення ст. 3 Конституції України, згідно з яким – «людина, її життя й здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» [2, ст. 3]. Це положення знаходить свій подальший розвиток у наступних статтях Основного Закону, зокрема, відповідно до ст. 29 Конституції України «ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше, як за вмотивованим рішенням суду та лише на підставах і в порядку, встановленому законом» [2, ст. 29]. Аналогічні положення передбачені і у ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та ст. 8 КПК України. Конкретизуючи втілені в Конституції України положення про пріоритет особистості, її прав і свобод, у ст. 2 КПК законодавець закріпив основні завдання кримінального провадження – «охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також захист особи від незаконного та необгрунтованого обвинувачення, засудження та необгрунтованого процесуального примусу, обмеження її прав і свобод» [3, ст. 2]. Втім, реалії сьогодення свідчать про інше – нормальне виконання завдань кримінального провадження іноді ускладнюється, а іноді унеможливується в умовах воєнного стану.

Не ставимо перед собою мету розкрити всі особливості теоретичного обґрунтування поняття «процесуальний захист» чи «способи захисту прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження», втім, хочемо звернути увагу на окремі проблеми правозастосування норм кримінального процесуального закону, які свідчать про недосконалість положень КПК України в умовах воєнного стану. Тобто, норми кримінального процесуального права, які були ефективними в мирний час, стали малоефективними в умовах війни.

По-перше, існує реальна загроза здоров'ю і життю суб'єктам кримінального провадження. Положення ж Конституції і КПК України не передбачають якихось особливих форм кримінального судочинства в умовах військового стану, а, тому, перед суб'єктами кримінального провадження (слідчими, судьями і судами) стоїть складне завдання – забезпечити здійснення кримінального правосуддя в надзвичайних умовах, але, за правилами мирного часу.

По-друге, існує реальна загроза здоров'ю і життю учасникам кримінального провадження. І якщо публічних службовців (суддів, прокурорів та слідчих) стримують на місці їх службові обов'язки, то пересічні громадяни, які є учасниками кримінального провадження (підозрюваний, обвинувачений, захисник, потерпілий, тощо), можуть активно переміщуватись по території країни та за її межі задля мінімізації загроз їхньому здоров'ю і життю. Це ускладнює як реалізацію процесуальних прав учасників кримінального провадження, так і виконання ними своїх обов'язків. Наприклад, В. Михайленко стосовно цього зазначає: «Кримінальний процесуальний кодекс України містить загальні обов'язки підозрюваного, обвинуваченого. Ці процесуальні обов'язки не зникають після запровадження воєнного стану, проте, вони можуть не виконуватися з огляду на необхідність забезпечити безпеку життя і здоров'я (і це, безумовно, виправдано), можливість скористатися ситуацією хаосу для затягування судового розгляду або переховування від органу досудового розслідування, прокуратури, слідчого судді або суду» [4]. Тобто, науковець звертає увагу на те, що ситуація, яка склалась в країні, ускладнює кримінальне провадження із об'єктивних причин (пересування учасників по території країни та за її межі) та із суб'єктивних причин, які можна виділити як окрему наступну групу проблем.

По-третє, воєнний стан порушує звичайний стан суспільного життя, що неминуче відображається й на ритмі кримінальної процесуальної діяльності. Не хочемо називати цей стан суспільства хаосом, як це пропонує В. Михайленко, але певні ознаки безладдя у суспільстві дійсно виникають в надзвичайних умовах, які окремі учасники кримінального провадження можуть на свою користь використовувати для затягування кримінального провадження чи для уникнення від кримінального правосуддя. Ці моменти, на жаль, не враховує чинний КПК України.

По-четверте, в правозастосовній сфері виникають питання щодо застосування окремих положень КПК України в умовах воєнного стану. Наприклад, якщо захисник підозрюваного, обвинуваченого в умовах воєнного стану виїхав за кордон, то чи можна це розглядати як процесуальну підставу для призначення особі іншого захисника. Стосовно цього, хочемо зазначити, що кодифіковані нормативно-правові акти, до яких відноситься КПК України, не можуть із об'єктивних причин врахувати всі можливі перипетії життя і всі фактори, що



бойових дій, де окрім реальної загрози життю особи часто відсутній Інтернет та електропостачання. Подібний висновок робить і В. Михайленко. Автор зазначає: «До цього слід додати можливості участі в судовому засіданні не лише безпосередньо в залі судових засідань, а й дистанційно. Навіть за умови перебування обвинуваченого або його захисника за кордоном загальний обов'язок явки за викликом до суду може і має бути виконаний через використання технічних засобів і відповідного програмного забезпечення (хоч і воєнний стан, але ХХІ сторіччя)» [4]. Більш того, концепція «електронної держави» стосується не тільки діяльності органів виконавчої та законодавчої влади, вона адресована і до гілки судової влади. При цьому, використання нових технологій розповсюджується не тільки на управлінську (наприклад, обмін процесуальними документами між судами в електронній формі) і організаційну діяльність в судах (наприклад, обмін процесуальними документами між судом та учасниками кримінального провадження в електронній формі), що охоплюється концепцією «Електронного суду», а й у здійсненні правосуддя (наприклад, проведення судових засідань дистанційно). Втім, Україна знаходиться в цьому процесі лише на початку шляху. Доведеться зробити ще чимало, як на законодавчому рівні, так і на технологічному рівні, щоб концепція «Електронного суду» запрацювала в нашій країні в повному обсязі. Наприклад, О. В. Бринцев пропонує наступні шляхи розвитку «Електронного суду» в Україні [5]:

1. Забезпечення за допомогою сучасних засобів електронних інформаційно-комунікаційних технологій двосторонньої комунікації між усіма учасниками кримінальних процесуальних правовідносин (судом, учасниками кримінального провадження та іншими заінтересованими особами). Монографія О. В. Бринцевим була написана у 2016 році, коли більшість досягнень інформаційно-комунікаційних технологій ще не використовували в кримінальному процесі. Сьогодні цей напрям достатній мірі регламентується положеннями національного законодавства, в тому числі, положеннями кримінального процесуального законодавства. Втім, постійний розвиток інформаційно-комунікаційних технологій, час від часу, буде вимагати і вдосконалення відповідних форм кримінальної процесуальної діяльності.

2. Визнання повноцінними доказами в судовому процесі електронних інформаційних ресурсів, а також електронних транзакцій [5, с. 26]. Електронні транзакції є проблематикою, яка стосується в більшій мірі цивільного та господарського судочинства. Що ж до використання електронних інформаційних ресурсів в кримінальному процесі, то за останні шість років відбулися суттєві зміни в цьому напрямку. Єдине, на що хотілося б звернути увагу, це використане О. В. Бринцевим невдале оціночне поняття «повноцінний доказ». Докази не можуть бути «повноцінними» чи «неповноцінними», вони або свідчать про факт вчинення особою чи особами кримінального правопорушення і мають значення для кримінального провадження, або ж не мають жодного відношення до кримінального правопорушення і кримінального провадження.

3. Вчинення в електронному форматі усіх процесуальних дій [5, с. 26]. Одразу зазначимо, що О. В. Бринцев перебуває у віртуальних ілюзіях. Об'єктивно неможливо всю процесуальну діяльність і всі процесуальні дії перевести у цифровий формат. В цьому питанні потрібна більш виважена та науково обґрунтована

позиція. Так як роботи не зможуть замінити людину у всіх сферах суспільного життя, так і кримінальне судочинство повністю перевести у цифровий вимір неможливо. Електронні інформаційно-комунікаційні технології повинні використовуватись виключно для полегшення діяльності суб'єктів кримінального процесу і вчинення процесуальних дій з боку учасників кримінального провадження, а не для підміни собою судів та правосуддя.

По-сьоме, кримінальне процесуальне законодавство передбачає різні форми захисту прав особи в кримінальному провадженні, потенціал яких не в повній мірі використовується на практиці. Наприклад, ст. 20 КПК України закріплює три форми реалізації права на захист: 1) самостійна реалізація підозрюваним, обвинуваченим, виправданим, засудженим права на захист, зокрема: право надавати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні; 2) користування правовою допомогою захисника; 3) наявність у слідчого, прокурора, слідчого судді, суду обов'язку сприяти підозрюваному, обвинуваченому, виправданому, засудженому в реалізації права на захист шляхом роз'яснення йому прав та забезпечення права на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника [3, ст. 20]. Зокрема, вагому роль у забезпеченні реалізації, захисту та охорони прав і свобод людини і громадянина в Україні, як правовій державі, відведено праву особи на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. І тут привертають увагу проблеми з надання безоплатної правової допомоги під час воєнного стану, на які все частіше звертають увагу в суспільстві. Зокрема, І. В Міщук до основних проблем, які впливають на ефективність надання безоплатної правової допомоги називає: збільшення кількості запитів для одержання безоплатної правової допомоги, відсутність доступу до надання безоплатної правової допомоги для громадян на тимчасово окупованих територіях і районах ведення бойових дій, проблеми кадрового забезпечення органів безоплатної правової допомоги, розширення кола суб'єктів, які потребують надання правової допомоги на безоплатній основі, необхідність організувати процес надання правової допомоги із дотриманням правил безпеки [7, с. 74-79]. Дійсно, під час воєнного стану надання безоплатної правової допомоги відходить на другий план, адже держава зосереджена на реалізації такої важливої функції як оборона та захист країни. Втім, реалізація однієї функції держави не повинна шкодити реалізації інших її функцій, серед яких особливе місце посідає функція забезпечення та захисту прав і свобод людини та громадянина.

Згідно ст. 63 Конституції України підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист. Засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду [2, ст. 63]. Гарантування кожного права на професійну правничу допомогу є не тільки конституційно-правовим обов'язком держави, а й дотриманням взятих Україною міжнародно-правових зобов'язань, відповідно до положень Загальної декларації прав людини 1948 р., Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р. тощо. Забезпечення підозрюваному, обвинуваченому права на захист повинно неухильно виконуватись на всіх стадіях кримінального провадження як



вагома гарантія встановлення істини і винесення законного, обґрунтованого і правосудного вироку. Право на захист включає як право захищатися від підозри і обвинувачення, так і право на захист своїх особистих і майнових інтересів. Підозрюваний, обвинувачений зацікавлений в тому, щоб не бути: а) притягнутим до кримінальної відповідальності і засудженим, якщо він є невинуватим; б) притягнутим до кримінальної відповідальності за більш тяжкий злочин, ніж той, який вчинив; в) без передбачених у КПК України підстав притягнутим до участі в кримінальній справі як обвинувачений, та підданий заходам процесуального примусу і засудженим; г) підданий несправедливому покаранню; д) обмежений в правах, наданих йому законом, і щоб йому була надана можливість їх реалізувати.

Це складає законні інтереси обвинуваченого, які включаються в його право на захист і утворюють всю сукупність належних йому прав, здійснення яких дає можливість оспорювати висунуте проти нього обвинувачення у скоєнні злочину, доводити свою непричетність до злочину, невинуватість або менший ступінь вини, захищати інші законні інтереси у справі (моральні, майнові, трудові тощо). Отже, право підозрюваного, обвинуваченого на захист включає в себе право захищатися від підозри, обвинувачення, а, також, право захищати свої особисті і майнові інтереси, натомість органи розслідування, прокурор і суд зобов'язані забезпечити обвинуваченому можливість захищатися встановленими законом засобами від висунутої йому підозри або обвинувачення та охорону його особистих і майнових прав [6].

**Висновки і пропозиції.** На підставі проведеного дослідження були зроблені наступні висновки.

Із запровадженням в Україні воєнного стану практика з реалізації норм кримінального процесуального законодавства отримала багато нових проблем та викликів, які потребують нормативного врегулювання чи розв'язання судовою практикою. Однією з таких невіршених проблем є обмеження конституційних прав і свобод та законних інтересів осіб в контексті захисту учасників кримінального провадження під час воєнного стану.

Обґрунтовано думку, що зміни, які стосуються особливостей кримінального провадження в умовах воєнного стану, слід оформлювати окремим спеціальним законом, який вступатиме в силу виключно в надзвичайних умовах чи в умовах воєнного стану.

Визначені чинники, які впливають на те, що норми кримінального процесуального права, які були ефективними в мирний час, стали малоефективними в умовах воєнного стану: 1) наявність реальної загрози здоров'ю і життю суб'єктів кримінального провадження (слідчим, суддям, прокурорам); 2) наявність реальної загрози здоров'ю і життю учасникам кримінального провадження; 3) безладдя у суспільстві, яке виникає в надзвичайних умовах, окремі учасники кримінального провадження використовують для затягування кримінального провадження чи для уникнення від кримінального правосуддя; 4) відсутність критеріїв оцінки в умовах воєнного стану порушень учасниками кримінального провадження своїх процесуальних обов'язків; 5) використання традиційних форм судового засідання, які в умовах воєнного стану та умовах науково-технічного прогресу, вже не відповідають потребам сучасного цивілізованого

суспільства; б) не в повній мірі використовується на практиці потенціал передбачених кримінальним процесуальним законодавством форм захисту прав особи в кримінальному провадженні.

### Список використаної літератури

---

1. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення окремих положень досудового розслідування в умовах воєнного стану: Закон України від 27 липня 2022 р. № 2462-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2462-20/sp:max50:nav7:font2#n2>
2. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88.
4. Михайленко В. Деякі проблемні питання участі підозрюваного, обвинуваченого в кримінальному провадженні в умовах воєнного стану // Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції «Кримінально-правові, кримінологічні, кримінальні процесуальні та криміналістичні проблеми протидії злочинності в умовах воєнного стану» (20 квітня 2022 року). URL: <https://justtalk.com.ua/post/deyaki-problemni-pitannya-uchasti-pidozryuvanogo-obvinuvachenogo-v-kriminalnomu-provadhenni-v-umovah-voennogo-stanu>.
5. Бринцев О. В. «Електронний суд» в Україні. Досвід та перспективи: монографія. Харків: Право, 2016. 72 с.
6. Маланчук П. М. Функція захисту в кримінальному процесі України: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза. Київський національний університет внутрішніх справ. Київ, 2008. 228 с.
7. Міщук І. В. Особливості надання безоплатної правової допомоги в Україні під час воєнного стану. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2022. № 3. С. 74-79.

### References

---

1. Pro vnesennya zmin do Kryminal'noho protsesual'noho kodeksu Ukrayiny shchodo udoskonalennya okremykh polozhen' dosudovoho rozsliduvannya v umovakh voyennoho stanu: Zakon Ukrayiny vid 27 lypnya 2022 № 2462-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2462-20/sp:max50:nav7:font2#n2> [in Ukrainian].
2. Konstytutsiya Ukrayiny. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 1996. № 30. St. 141 [in Ukrainian].
3. Kryminal'nyy protsesual'nyy kodeks Ukrayiny. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. St. 88. [in Ukrainian].
4. Mykhaylenko, V. (2022) Deyaki problemni pytannya uchasti pidozryuvanoho, obvinuvachenoho v kryminal'nomu provadhenni v umovakh voyennoho stanu // Materialy Vseukrayins'koyi naukovo-praktychnoyi konferentsiyi «Kryminal'no-pravovi, kryminolohichni, kryminal'ni protsesual'ni ta kryminalistychni problemy protydyi zlochynnosti v umovakh voyennoho stanu» (20 kvitnya 2022 roku). URL: <https://justtalk.com.ua/post/deyaki-problemni-pitannya-uchasti-pidozryuvanogo-obvinuvachenogo-v-kriminalnomu-provadhenni-v-umovah-voennogo-stanu-> [in Ukrainian].
5. Bryntsev, O. V. (2016). «Elektronnyy sud» v Ukrayini. Dosvid ta perspektyvy: monohrafiya. Kh.: Pravo. 72 s. [in Ukrainian].
6. Malanchuk, P. M. (2008). Funktsiya zakhystu v kryminal'nomu protsesi Ukrayiny: dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.09 – kryminal'nyy protses ta kryminalistyka; sudova ekspertyza. Kyyivs'kyu natsional'nyy universytet vnutrishnikh sprav. Kyiv. 228 s. [in Ukrainian].
7. Mishchuk, I. V. (2022). Osoblyvosti nadannya bezoplatnoyi pravovoyi dopomohy v Ukrayini pid chas voyennoho stanu. *Aktual'ni problemy vitchyznyanoi yurysprudentsiyi*. № 3. S. 74-79. [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

*O. M. Mykolenko*, Doctor of Juridical Sciences, Professor  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics  
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: mikolenkoalena@gmail.com  
ORCID ID: 0000-0003-2080-413X

## **CERTAIN PROBLEM ASPECTS OF THE PROTECTION OF PARTICIPANTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN MODERN CONDITIONS**

### **Summary**

The article identifies and characterizes certain problematic aspects of the protection of participants in criminal proceedings, which are caused by the introduction of martial law in Ukraine. It was established that with the introduction of martial law in Ukraine, the practice of implementing the norms of criminal procedural legislation received many new problems and challenges that require regulatory regulation or solution by judicial practice. One of such unresolved problems is the restriction of constitutional rights and freedoms and legitimate interests of individuals in the context of the protection of participants in criminal proceedings during martial law. Attention is drawn to the fact that the provisions of the Criminal Code of Ukraine do not provide for any special forms of criminal justice in the languages of martial law, and therefore the subjects of criminal proceedings (investigators, judges and courts) face a difficult task - to ensure the implementation of criminal justice in extraordinary conditions, but according to the rules peace time. It has been proven that participants in criminal proceedings can actively move around the territory of the country and beyond its borders in order to minimize threats to their health and life, which complicates both the realization of the procedural rights of the participants in criminal proceedings and their fulfillment of their procedural duties. The opinion is substantiated that changes related to the specifics of criminal proceedings under martial law should be formalized by a separate special law, which will come into force only in emergency conditions or under martial law. The factors that influence the fact that the norms of criminal procedural law, which were effective in peacetime, became ineffective in the conditions of martial law are identified: 1) the presence of a real threat to the health and life of the subjects of criminal proceedings (investigators, judges, prosecutors); 2) the existence of a real threat to the health and life of participants in criminal proceedings; 3) disorder in society, which occurs in extraordinary conditions, is used by individual participants in criminal proceedings to delay criminal proceedings or to avoid criminal justice; 4) lack of evaluation criteria in the conditions of martial law of violations by participants in criminal proceedings of their procedural duties; 5) the use of traditional forms of court proceedings, which in the conditions of martial law and conditions of scientific and technical progress, no longer meet the needs of modern civilized society; 6) the potential of the forms of protection of individual rights in criminal proceedings provided for by criminal procedural legislation is not fully used in practice.

**Keywords:** protection of participants in criminal proceedings, criminal proceedings under martial law, effectiveness of criminal procedural norms, forms of protection of individual rights in criminal proceedings, electronic court, use of electronic information and communication technologies in criminal proceedings.

*Р. О. Мовчан*, докт. юрид. наук, професор, професор  
Донецький національний університет імені Василя Стуса  
Кафедра конституційного, міжнародного і кримінального права  
вул. 600-річчя, 21, Вінниця, 21000, Україна  
e-mail: romanmov1984@gmail.com  
ORCID: 0000-0003-2074-8895

## РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОСЯГАННЯ НА ДОВКІЛЛЯ У ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ ТА КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ<sup>1</sup>

Актуальність статті пояснюється необхідністю розв'язання невирішеного у доктрині питання про те, яким чином у проєкті нового КК має бути регламентована відповідальність за посягання на довкілля. Метою написання цієї статті є дослідження використаних у кримінальних кодексах європейських країн підходів щодо місцерозташування у системах їхніх Особливих частин норм, присвячених регламентації відповідальності за посягання на довкілля, порівняння цих підходів із варіантом, втіленим у Проєкті, а також розроблення на цій основі науково обґрунтованих рекомендацій щодо удосконалення відповідних положень Проєкту. За результатами написання статті робиться висновок про необхідність виділення у Проєкті окремої книги про кримінальні правопорушення проти довкілля, до якої було б «перенесено» розміщені наразі не у «своїх» книгах розділи, присвячені кримінальним правопорушенням проти екологічної безпеки та порядку використання і захисту природних ресурсів, відповідно. Основною перевагою такого підходу називається те, що він дає можливість максимально забезпечити специфіку кримінальних правопорушень проти довкілля, а також враховує найкращі і одночасно найпоширеніші зарубіжні практики.

**Ключові слова:** довкілля, кримінальна відповідальність, об'єкт, природні ресурси, економіка, екологічна безпека, використання, незаконне заволодіння, здоров'я.

**Постановка проблеми.** Як відомо, попри розміщення у межах єдиної структурної одиниці (розд. VIII Особливої частини) Кримінального кодексу України кримінальні правопорушення (далі – КК України та к. пр., відповідно) проти довкілля насправді посягають на досить широке коло різносторонніх відносин, які, проте, об'єднує їхня «пов'язаність», власне, із довкіллям [1, с. 278]. Обрання такого підходу, насамперед, варто пояснювати структурою Особливої частини чинного КК України, яка поділена виключно за критерієм родового і не передбачає додаткової структуризації на підставі видових об'єктів к. пр.

Водночас добре відомо, що одним із основних концептуальних нововведень проєкту Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023 р.; далі – Проєкт), робота над яким наразі активно триває, є саме зга-

<sup>1</sup> Ця стаття написана завдяки іменній стипендії Верховної Ради України для молодих учених – докторів наук за 2022 рік.

дана в попередньому абзаці нехарактерна для Особливої частини чинного кримінального законодавства додаткова структуризація. Тому, загалом ми без подиву сприйняли інформацію про те, що розробники Проєкту фактично запровадили так звану дворівневу інтерпретацію родового об'єкта екологічних к. пр. [2]. Це знайшло вияв у запропонованому в Проєкті поділі всіх передбачених розд. VIII Особливої частини КК України к. пр. на дві окремі групи посягань – «кримінальні правопорушення проти безпеки довкілля» та «кримінальні правопорушення проти порядку використання природних ресурсів».

Однак, як з теоретичної, так і з практичної (йдеться про можливість подальшого нормотворення) точок зору, найцікавішим є те, що автори Проєкту не лише «поділили» всі консолідовані у розд. VIII к. пр. на дві групи, але й розмістили відповідні розділи у різних книгах Особливої частини: якщо к. пр. проти безпеки довкілля (розд. 5.3) були поміщені до кн. 5 «Кримінальні правопорушення проти публічного здоров'я», то к. пр. проти порядку використання природних ресурсів (розд. 6.5) до кн. 6 «Кримінальні правопорушення проти економіки».

Але чи виправданим є такий підхід? Далі спробуємо відповісти на це питання.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** У вітчизняній юридичній літературі проблематика кримінально-правової охорони довкілля ставала предметом наукових розвідок таких вчених, як О. О. Дудоров, Д. В. Каменський, В. В. Локтіонова, В. К. Матвійчук, І. І. Митрофанов, Є. О. Письменський, В. П. Самокиш, Ю. А. Турлова та інших. Незважаючи на позначену доктринальну активність, вимушені констатувати, що у відповідному розрізі розглядувані питання ще не аналізувалися.

**Метою цієї статті** є дослідження використаних у кримінальних кодексах європейських країн підходів щодо місцерозташування у системах їхніх Особливих частин норм, присвячених регламентації відповідальності за посягання на довкілля, порівняння цих підходів із варіантом, втіленим у Проєкті, а також розроблення на цій основі науково обґрунтованих рекомендацій щодо удосконалення відповідних положень Проєкту.

**Виклад основного матеріалу.** Попри концептуальну зміну підходу до побудови Особливої частини КК, головний принцип розміщення норм у конкретних структурних ланках Проєкту залишився незмінним: ці статті відтепер мають групуватися в розділи за ознаками не родового, а видового об'єкта кримінально-правової охорони; тоді як розділи мають групуватися в книги вже за ознаками родового об'єкта. Інакше кажучи, основний безпосередній об'єкт к. пр., передбаченого тією чи іншою статтею, має бути частиною видового об'єкта відповідної групи к. пр. (він відображений у назві розділу); видовий – родового (про нього ми дізнаємось із назви відповідної книги).

Своєю чергою, це означає необхідність кореляції між основним безпосереднім об'єктом к. пр., яке передбачене статтею, розміщеною у певному розділі, і родовим об'єктом к. пр., яким присвячена та чи інша книга. Звичайно, ці об'єкти можуть бути і найчастіше певним чином «віддалені» один від одного, що пояснюється розміщенням «між ними» ще й ланки у виді ближчого до обох видового об'єкта. Однак, вони все ж повинні мати доволі тісний зв'язок, тобто при спричиненні шкоди основному безпосередньому об'єкту одночасно має відбуватись і «видиме» порушення відносин (цінностей тощо), які охоплюються відповідним родовим об'єктом.



Водночас ми не вбачаємо підстав для віднесення к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів (розділ 6.5) загалом, так і, наприклад, таких їх різновидів, як знищення або пошкодження рослинного чи тваринного природного ресурсу, до посягань на економіку (кн. 6 Проєкту). Візьмемо, наприклад, скалічення дикого звіра, яке є наскільки «віддаленим» від економіки, як і, скажімо, нанесення тілесних ушкоджень людині, шкоду від чого також частково можна виразити за допомогою майнового еквіваленту і яке (за подібною логікою) можна вважати посяганням на економіку. Чи виправдано визнавати економічним к. пр. поширену на практиці поведінку власника земельної ділянки, який без встановленого законом дозволу знімає ґрунтовий покрив розташованих на ній земель, тобто вчиняє дії, які кваліфікуються за ст. 254 чинного КК України, а за умови ухвалення Проєкту як закону розглядатимуться або як «незаконне заволодіння» (ст. 6.5.4), або як «виснаження» природного ресурсу (ст. 6.5.7)?

На нашу думку, відповідь на поставлені (і подібні) питання має бути негативною. На зроблений висновок не може вплинути те, що кримінальна відповідальність за зазначені вище діяння пов'язується зі спричиненням ними певної (істотної чи неістотної) майнової шкоди. Адже – і про це нами вже зазначалося в деяких інших працях – остання є (має бути) лише формалізованим і найбільш об'єктивним показником шкоди, що була завдана принципово відмінним від економічних *екологічним* правовідносинам, окремі різновиди яких і є основними безпосередніми об'єктами згаданих деліктів [3; 4].

Однак, якщо не до економічного, то до якого блоку передбачених Особливою частиною Проєкту посягань (тобто книги) мали б бути віднесені к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів? Подібне питання актуальне і стосовно розміщення к. пр. проти екологічної безпеки.

Для отримання виваженої відповіді на питання про оптимальне місцезнаходження статей про к. пр. проти довкілля, які за Проєктом, як вже зазначалось, розділені на к. пр. проти безпеки довкілля і к. пр. проти порядку використання природних ресурсів, було вирішено проаналізувати іноземний досвід, у першу чергу, досвід європейських країн, в яких відповідальність за екологічні делікти регламентується (у різних формах) кримінальними кодексами. Завдяки відповідному зверненню, автором даної статті було з'ясовано, що зарубіжні парламентарії послуговуються відразу шістьма основними (не рахуючи більш дрібних) підходами щодо місцезнаходження норм про посягання, які чинним КК України розцінюються як к. пр. проти довкілля, а в Проєкті – як к. пр. про безпеку довкілля (розд. 5.3) та проти порядку використання і захисту природних ресурсів (розд. 6.5)<sup>2</sup>.

У більшості проаналізованих кримінальних кодексах всі статті про к. пр. проти довкілля зосереджені у межах одного структурного підрозділу Особливої частини, а, тому, прикладів визнання розглядуваних деліктів посяганнями на різні охоронювані відносини (родовий об'єкт), тобто, розміщення таких одиниць у межах відмінних ланок вищого порядку, у цих державах знайдено не було. Попри єдність з цього питання, парламентарії згаданих країн використовують відразу чотири різних підходи щодо розташування відповідної універсальної струк-

<sup>2</sup> Надалі, якщо іншого не вимагатиме ситуація, такі делікти за замовчуванням будуть йменуватися к. пр. проти довкілля.

турної одиниці, які (підходи) багато в чому залежать від складності архітектури Особливої частини.

Зокрема, законодавцями країн, у кримінальних кодексах яких була втілена так звана «проста» (однорівнева) архітектура Особливої частини<sup>3</sup>, за основу було взято два варіанти вирішення розглядуваного питання:

– як і в побудованому за таким взірцем чинному КК України, у кримінальних кодексах деяких із таких держав (переважно вони є представниками «групи СНД» та «югославської» групи кримінального права) виділяється окремий розділ (глава), повністю присвячений регламентації відповідальності за к. пр. (злочини) проти довкілля (навколишнього природного середовища) (гл. 11 КК Латвії, гл. 22 КК Македонії, гл. IX КК Молдови, гл. 24 КК Сербії, гл. 30 КК Словенії, гл. XXIII КК Угорщини, розд. 29 КК ФРН, гл. XX КК Хорватії, розд. 25 КК Чорногорії) (умовно цей **підхід** ми будемо вважати **першим**);

– натомість у деяких інших (**другий підхід**) к. пр. проти довкілля були консолідовані в єдину структурну одиницю, у межах якої, проте, також (поруч із екологічними деліктами) були розміщені: а) загальнонебезпечні посягання (розд. VII КК Нідерландів); б) або к. пр., які спричиняють шкоду суспільству (суспільним інтересам) (гл. 21 КК Данії, гл. XIX КК Ісландії); в) або к. пр. проти охорони здоров'я (гл. XXXVIII КК Литви, гл. 23 КК Норвегії).

Водночас, варто звернути увагу на те, що якщо литовські парламентарії зосередили у відповідній главі як к. пр. проти екологічної безпеки, так і к. пр. проти порядку використання і охорони природних ресурсів, то законодавці всіх інших названих вище країн, – лише першу із вказаних груп.

Також, хотілося б підкреслити, що в цих країнах відповідні структурні одиниці найчастіше розміщуються між к. пр. проти громадської безпеки, громадського транспорту (безпеки дорожнього руху), держави, рідше – «поруч» із к. пр. у сфері незаконного обігу наркотиків або проти здоров'я людини.

Однак, раніше вже зазначалось, що при обранні структури Проекту його розробники за взірцем взяли приклад іншої групи країн, в яких застосована «ускладнена» (багаторівнева) модель побудови Особливої частини, що передбачає поділ одиниць більш високого рівня (родовий об'єкт) на частини нижчого порядку (видовий об'єкт). При цьому, у країнах із такою структурою кримінального закону нормотворці також використовують два різних способи вирішення розглядуваного питання:

– парламентарії умовно першої групи країн вважають (загалом **третій підхід**), що специфіка к. пр. проти довкілля є такою, яка не дозволяє віднести (чи ж об'єднати) ці делікти до жодної іншої з виокремлених груп посягань. Зважаючи на це, в Особливих частинах кримінальних кодексів цих держав к. пр. проти довкілля присвячені окремі структурні одиниці вищого порядку, у межах яких:

1) або ж взагалі не виділяються нижчі елементи (гл. IV КК Албанії, гл. 20 КК Естонії, гл. VIII КК Чехії);

2) або ж виділяється єдина ланка з ідентичною назвою (гл. XXXVI розд. 10 КК Грузії).

<sup>3</sup> Така архітектура передбачає поділ передбачених Особливою частиною КК структурних одиниць лише залежно від родового об'єкту к. пр.; при цьому подальший законодавчий поділ відповідних ланок на більш дрібні (залежно від видового об'єкту) вже не відбувається.

Характерно й те, що, подібно до попереднього варіанту, відповідні структурні ланки знову ж найчастіше розміщуються між к. пр. проти громадської безпеки, громадського порядку та моральності, безпеки руху, проти держави;

– натомість законодавці інших держав (**четвертий підхід**) вбачають підстави:

1) або ж для визнання к. пр. проти довкілля різновидом більш ширшої за змістом групи посягань – к. пр. проти безпеки (*громадської безпеки та громадського порядку*) або суспільства (*громади*), до складу яких вони і включаються (розд. 2 гл. 3 КК Туреччини). При цьому, разом із к. пр. проти довкілля у відповідній структурній одиниці знову-таки передбачається відповідальність за посягання на громадську безпеку, а також громадський спокій, здоров'я населення, безпеку руху та експлуатацію транспорту тощо;

2) або ж для об'єднання к. пр. проти довкілля та безпеки в одній структурній одиниці:

а) чи вищої ланки, у межах яких виділяються окремі елементи нижчого порядку, присвячені регламентації відповідальності за, з одного боку, к. пр. проти довкілля, а з іншого – к. пр. проти громадської безпеки (частини перша і друга гл. 6 КК Словаччини);

б) чи нижчої ланки, за умови реалізації такого варіанту відповідні к. пр. включаються до складу к. пр. проти суспільства (гл. III розд. IV КК Португалії, гл. I розд. 3 КК Сан-Марино).

Набагато рідше іноземні парламентарії віддають перевагу апробованому у Проекті підходу, коли, враховуючи деяку відмінність в об'єктах різноманітних к. пр. проти довкілля, відповідальність за їхнє вчинення передбачається нормами, які розміщені в різних структурних одиницях Особливої частини КК. При цьому і в межах такого варіанту можна виділити щонайменше два різновиди, які принципово відрізняються один від одного:

– законодавці, які сповідують умовно перший із них (а, загалом, це **п'ятий підхід**), виходять із розуміння органічної єдності всіх к. пр. проти довкілля (родовий об'єкт), яка, проте, не заважає їм усвідомлювати й те, що окремі групи таких деліктів посягають на досить різнорідні суспільні відносини (видовий об'єкт). Втілюється ж такий підхід за допомогою виділення двох послідовно розміщуваних одна за одною структурних частин (у КК із «простою» архітектурою вони є абсолютно «самосійними», а у випадку зі «складною» – включаються до єдиної ланки вищого порядку), в яких, незважаючи на їхні різні назви, фактично (змістовно) йдеться про ті ж к. пр. проти довкілля, одні з яких у Проекті розцінюються як к. пр. проти безпеки довкілля (забруднення довкілля, незаконне поводження із відходами тощо), а інші – як к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів (незаконні полювання/рибальство, рубка дерев (лісна злочинність) тощо). Враховуючи такий критерій структурування, у КК Іспанії всі посягання проти довкілля поділені на злочини проти природних ресурсів та навколишнього природного середовища (гл. III) та злочини у сфері захисту флори, фауни та домашніх тварин (гл. IV), а в КК Фінляндії – на екологічні злочини (гл. 48) та злочини у сфері природних ресурсів (гл. 48-а);

– натомість парламентарії другої групи країн до числа к. пр. проти довкілля відносять лише ті діяння, які авторами Проекту визнаються к. пр. проти екологічної безпеки (**шостий підхід**). Водночас окремі к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів визнаються посяганнями:

а) або ж на власність. У КК Польщі – це гл. XXII «Злочини проти навколишнього природного середовища» та гл. XXXV «Злочини проти власності», у межах якого, зокрема, передбачено відповідальність за вчинюване з метою привласнення вирубування дерев у лісі (ст. 290); а в КК Австрії – розд. 7 «Загальнонебезпечні діяння та злочинні діяння проти навколишнього середовища» та розд. 6 «Злочинні діяння проти чужого майна», в якому знайшлося місце таким традиційним (з точки зору чинного КК України) екологічним деліктам, як незаконні рибальство та полювання (параграфи 137–140);

б) або ж на економіку, приклад чого ми маємо змогу спостерігати у Болгарії, у КК якої такі діяння, як незаконне видобування надр, незаконна рубка лісу, знищення дерев тощо, включені до розд. II «Злочини в окремих галузях економіки» гл. 6 «Злочини проти бізнесу». Водночас, у розд. III «Злочини проти народного здоров'я та навколишнього природного середовища» гл. 11 «Загальнонебезпечні злочини» болгарські парламентарії передбачили відповідальність не лише за забруднення довкілля, порушення ветеринарних правил, незаконне поводження із відходами, а й за незаконний обіг наркотиків, виробництво небезпечних для здоров'я людини продуктів харчування, кормів для тварин тощо – тобто за діяння, подібні до тих, відповідальність за які консолідована і в межах кн. 5 Проекту «Кримінальні правопорушення проти публічного здоров'я».

За результатами проведеного порівняльно-правового аналізу є підстави зробити два основних висновки, які неабияк вплинули на нашу остаточну позицію з розглядуваного питання, зокрема і щодо оцінки підходу до розміщення к. пр. проти довкілля в системі Особливої частини Проекту.

*По-перше*, вдалося відшукати лише дві країни, особливі частини кримінальних кодексів яких передбачають виділення двох структурних одиниць, присвячених регламентації відповідальності за окремі різновиди к. пр. проти довкілля – це Іспанія та Фінляндія. Однак, навіть «розділені» у згаданих державах екологічні делікти визнаються однорідними, про що свідчить їхнє розміщення у межах розташованих одна за одною частин, які або ж є «самостійними», або ж включені до єдиної ланки вищого порядку (у КК із «простою» та «складною» архітектурою, відповідно). Жодного ж прикладу реалізованого у Проекті підходу, коли дві відповідні структурні одиниці (розд. 5.3 та розд. 6.5) розміщуються у різних ланках вищого порядку (кн. 5 та кн. 6, відповідно), автором цієї наукової статті виявлено не було.

Звичайно, тут можна згадати досвід Австрії, Болгарії та Польщі. Реагуючи на це гіпотетичне зауваження, вкотре маємо підкреслити, що, попри розміщення статей про посягання на довкілля в різних структурних одиницях, у кримінальних кодексах цих країн не виділено двох окремих ланок, присвячених саме екологічним деліктам, позаяк деякі к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів (згідно термінології Проекту) визнаються звичайними різновидами посягань на власність або економіку.

*По-друге*, з урахуванням викладеного ще більшої ваги набуває з'ясований факт того, що парламентарії країн, в яких усі к. пр. проти довкілля консолідовано у межах єдиного структурного елементу, найчастіше:

– або визнають їхню органічну спорідненість не з посяганнями на економіку чи охорону здоров'я, як це передбачено в Проекті, а з к. пр. проти громадської

безпеки або суспільства: а) до складу яких вони включаються (у різних формах); б) чи з якими об'єднані в єдиних частинах;

– або взагалі визнають неможливість включення/об'єднання екологічних деліктів (з урахуванням їхньої специфіки) до/з жодної (-ю) інших груп к. пр., виокремлюючи абсолютно «самостійні» підрозділи, присвячені виключно к. пр. проти довкілля. Причому це характерно як для країн зі «складною», так і з простою «архітектурою» Особливої частини КК. Водночас, зауважимо, що при такому підході відповідні структурні ланки найчастіше розміщуються поруч із статтями про к. пр. проти громадської безпеки, громадського порядку та моральності, безпеки руху. Хоч і опосередковано, цей факт може вважатися зайвим свідченням визнання «близькості» охоронюваних відповідними розділами (главами) правовідносин (цінностей).

**Висновки і пропозиції.** Синтезуючи всі попередні напрацювання, а також зважаючи на структуру Проекту, ми дійшли загального висновку про те, що питання регламентації відповідальності за к. пр. проти довкілля мало б бути вирішене в ньому (Проекті) одним із двох альтернативних шляхів (способів, варіантів).

*І варіант* полягає у включенні двох розміщених наразі у різних книгах розділів до єдиної структурної ланки вищого порядку, в якій йдеться не лише про екологічні, але й про інші делікти. Поглянувши на структуру Проекту, у нас майже не викликає сумнівів, що у разі втілення цього підходу статті про розглядувані к. пр. мали б бути поміщені до кн. 7 «Кримінальні правопорушення проти суспільства». На користь такого підходу свідчить не лише висвітлений вище іноземний досвід, а й розміщення саме у кн. 7 Проекту низки груп к. пр. саме проти безпеки. З урахуванням цього виглядає цілком органічним і фактично «напрошується» включення до розглядуваної структурної частини щонайменше к. пр. проти екологічної безпеки, що пояснюється не лише згадуванням у назві цієї групи деліктів про «безпеку», а й, що важливіше, набагато більше відповідає характеру їхньої антисуспільної спрямованості, аніж розміщення серед статей про к. пр. проти публічного здоров'я.

Зокрема, у цьому контексті хотілося б зауважити, що криміналізація абсолютної більшості передбачених розд. 5.3 злочинів проти екологічної безпеки (порушення правил убезпечення довкілля, забруднення довкілля тощо) пов'язується із спричиненням тяжкої шкоди довкіллю, яка в Проекті визначається як масова загибель об'єктів тваринного чи рослинного світу або радіаційного чи хімічного забруднення (п. 3 ч. 1 ст. 2.5.5). Через це виникає питання: чи є підстави визнавати, наприклад, забруднення такого об'єкту довкілля, як земля, що призвело до масової загибелі об'єктів тваринного світу (ст. 5.3.7), посяганням саме на публічне здоров'я? Вважаємо, що відповідь на це питання є негативною (подібних висновків дійшов й І. І. Митрофанов [5]). Викладене, своєю чергою, означає, що, як і в ситуації із розміщенням статей про знищення або виснаження природного ресурсу серед норм про делікти проти економіки (кн. 6), має місце невідповідність основного безпосереднього об'єкта конкретного к. пр. родовому об'єкту групи посягань, що є першим індикатором помилковості місцерозташування відповідних статей у системі Особливої частини.

Натомість вважаємо за доречне акцентувати увагу на різнобічному цільовому призначенні земель, які одночасно виконують поселенські, комунікаційні,



просторово-територіальні, екологічні, оздоровчі, рекреаційні, естетичні, культурні та інші функції. Така багатогранність функцій, більшість з яких притаманні не лише землі, а й іншим природним ресурсам, не залишає сумнівів у тому, що забруднення таких об'єктів має, як і інші к. пр. проти довкілля, розцінюватись як посягання на суспільство загалом, тобто входить до тієї групи посягань, яким присвячена кн. 7, а не кн. 5 проєкту.

Чи не єдиними недоліками цього варіанту є те, що за умови його реалізації, по-перше, виникне певний дисбаланс між кн. 5, в якій залишиться лише два розділи, та кн. 7, яка зосередить у собі одразу одинадцять розділів, по-друге, не повною мірою враховуватиметься особливість об'єкта специфічних к. пр. проти довкілля.

І саме тому, як оптимальний, автором даної наукової статті розцінюється умовно *II варіант*, суть якого полягає у виділенні самостійної книги про к. пр. проти довкілля, до якої слід перенести розміщені наразі не у «своїх» книгах розділи, присвячені к. пр. проти екологічної безпеки та к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів, відповідно. До переваг такого підходу ми відносимо те, що він дає можливість максимально забезпечити/врахувати:

1) специфіку к. пр. проти довкілля, яка є цілком достатньою (що підтверджується домінуючим зарубіжним досвідом) для виділення окремої книги, повністю присвяченої відповідним деліктам. Зокрема, переконані, що така специфіка є не меншою за ту, що притаманна, наприклад, к. пр. проти правосуддя, яким розробники Проєкту присвятили окрему кн. 8;

2) абсолютну кореляцію між родовим (відповідна книга), видовими (два згадані розділи) та основними безпосередніми об'єктами конкретних к. пр.;

3) наступність кримінального законодавства України. Враховуючи наявність безпрецедентно великої кількості інших запропонованих у Проєкті кардинальних оновлень, робочій групі варто спробувати зберегти згадану наступність хоча б у тих небагатьох аспектах, де це можливо і де це не порушує концептуальні засади побудови нового КК. Такий крок значно «полегшить життя» як правотворчим (при оновленні кримінального законодавства), так і правозастосовним органам (при кримінально-правовій кваліфікації, організації звітності, веденні кримінально-правової статистики тощо), які «звикли» до наявності окремої самостійної структурної одиниці, в якій консолідовані статті про усі к. пр. проти довкілля;

4) найкращі й одночасно найпоширеніші зарубіжні практики, зокрема, досвід тих країн, які визнають, з одного боку, органічну єдність к. пр. проти довкілля та їхню принципову відмінність від усіх інших кримінально-правових діянь (розміщення в єдиній ланці вищого порядку), а з іншого – відмінність у характері їхньої антисуспільної спрямованості (поділ на дві частини нижчого порядку).

## Список використаної літератури

1. Мовчан Р. О. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері земельних відносин: законодавство, доктрина, практика : монографія; передмова докт. юрид. наук, проф., Заслуженого діяча науки і техніки України О. О. Дудорова. Вінниця : ТОВ «Твори», 2020. 1152 с.

2. Самокиш В. П. Злочини проти довкілля: проблеми визначення родового об'єкта. *Вісник Академії адвокатури України*. 2011. № 1. С. 85–87.
3. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Земельні злочини екологічної спрямованості: від деліктів створення небезпеки до оптимальної законодавчої моделі. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 1. С. 120–130. DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-1/29>.
4. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Про напрями вдосконалення механізму кримінально-правової охорони довкілля (на замітку розробникам нового Кримінального кодексу України). *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2020. № 1. С. 92–125. DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2020.13.204733>.
5. Митрофанов І. І. Кримінальні правопорушення проти довкілля за проектом Кримінального кодексу України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 12. С. 375–379.

## References

1. Movchan, R. O. (2020). Kryminalna vidpovidalnist za zlochyny u sferi zemelnykh vidnosyn: zakonodavstvo, doktryna, praktyka. monograph; foreword by Dr. law Sciences, prof., Honored Worker of Science and Technology of Ukraine O. O. Dudorov. Vinnitsia : TOV «Tvory», 1152. [in Ukrainian].
2. Samokysh, V. P. (2011). Zlochyny proty dovkillia: problemy vyznachennia rodovoho ob'iekta. *Visnyk Akademii advokatury Ukrainy*, 1, 85–87. [in Ukrainian].
3. Dudorov, O. O., Movchan, R. O. (2020). Zemelni zlochyny ekolohichnoi spriamovanosti: vid deliktiv stvorennia nebezpeky do optymalnoi zakonodavchoi modeli. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal*, 1, 120–130. [in Ukrainian].
4. Dudorov, O. O., Movchan, R. O. (2020). Pro napriamy vdoskonalennia mekhanizmu kryminalno-pravovoi okhorony dovkillia (na zamitku rozrobnykam novoho Kryminalnoho kodeksu Ukrainy). *Visnyk Asotsiatsii kryminalnoho prava Ukrainy*, 1, 92–125. [in Ukrainian].
5. Mytrofanov, I. I. (2022). Kryminalni pravoporushennia proty dovkillia za proiekтом Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal*, 12, 375–379. [in Ukrainian].

Стаття надійшла 06.03.2023 р.

**R. O. Movchan**, Doctor of Law, Professor, Professor  
Vasyl' Stus Donetsk National University  
the Department of Constitutional, International and Criminal Law  
600-year Street, 21, Vinnitsa, 21000, Ukraine  
e-mail: romanmov1984@gmail.com  
ORCID: 0000-0003-2074-8895

## REGULATIONS OF RESPONSIBILITY FOR ENVIRONMENTAL INFRINGEMENT IN THE PROJECT OF THE CRIMINAL LAW OF UKRAINE AND CRIMINAL LEGISLATION OF EUROPEAN COUNTRIES: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS

### Summary

The relevance of the article is explained by the need to resolve the unresolved issue in the doctrine of how liability for encroachment on the environment should be regulated in the draft of the new CC. The purpose of writing this article is to study the approaches used in the criminal codes of European countries regarding the location in the system of their special parts of norms devoted to the regulation of responsibility for encroachment on the environment, to

compare these approaches with the option embodied in the Project, as well as to develop, on this basis, scientifically based recommendations regarding improvement of the relevant provisions of the Project. A wide range of scientific methods was used during the research, in particular when proving the stated hypotheses and substantiating the conclusions, among which the following should be highlighted: comparative-legal, formal-logical, philosophical, methods of system analysis and modeling. Based on the results of writing the article, a conclusion is made about the need to allocate a separate book on criminal offenses against the environment, to which the sections devoted to criminal offenses against environmental safety and the procedure for the use and protection of natural resources, which are currently not in “their” books, would be “transferred”, respectively. The advantages of this approach are that it makes it possible to ensure the specificity of criminal offenses against the environment as much as possible; absolute correlation between generic, specific and main direct objects of specific criminal offenses included in their composition; continuity of the criminal legislation of Ukraine; and also takes into account the best foreign practices. The obtained results can be used in scientific and law-making activities, as well as in the work on further improvement of the project of the new Criminal Code.

**Keywords:** environment, criminal liability, object, natural resources, economy, environmental safety, use, illegal possession, health.

*О. В. Нарожна*, заступник декана  
економіко-правового факультету, старший викладач  
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова  
Кафедра кримінального права, кримінального процесу та криміналістики  
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна  
e-mail: narozhna@onu.edu.ua

## ВПРОВАДЖЕННЯ ДОСЯГНЕНЬ СУДОВОЇ АРХЕОЛОГІЇ ТА СУДОВОЇ АНТРОПОЛОГІЇ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ НЕЗАКОННОГО ПРОВЕДЕННЯ ПОШУКОВИХ РОБІТ НА ОБ'ЄКТИ АРХЕОЛОГІЧНОЇ СПАДЩИНИ

У статті розглянуті питання, що виникають при розслідуванні незаконного проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини. Проведення окремих видів експертиз необхідно для всебічного та повного розуміння механізму події та ідентифікації знайдених останків скелетів та трупів. Висвітлено можливості впровадження спеціальних знань з галузі судової археології та судової антропології. Визначено основні питання для експерта з вказаних напрямів досліджень. Наголошено, що найбільш перспективним та доцільним порядком проведення комплексної експертизи є поєднання судово-медичної експертизи разом з судово-археологічними та судово-антропологічними дослідженнями.

**Ключові слова:** розслідування, ідентифікація, судова археологія, судова антропологія, судова медицина, тафономія, ДНК.

**Постановка проблеми.** Результати експертних досліджень в галузі судової антропології та судової археології допомагають вирішити багато важливих завдань: ідентифікують кісткові останки, визначають давність злочину та можуть допомогти історикам та археологам знайти відповіді щодо образу життя, звичок та рівня цивілізації конкретної епохи. В деяких випадках можливе навіть історичне розслідування, у чому, також, можуть стати в нагоді спеціальні знання з судової антропології та археології. Дослідження скелетів та трупів, муміфікованих останків стародавніх людей, співпраця з криміналістами та істориками допомагає не лише впізнати певних осіб за умов наявності матеріалів для порівняльного дослідження, але й перевірити або спростувати більш глобальні версії щодо окремих фактів життя всього історичного суспільства. Активний розвиток судової археології та антропології за кордоном дає гідний приклад вітчизняній науці та практиці запозичити позитивний досвід європейських та американських колег. Використання здобутків судової археології та судової антропології ми бачимо як частину комплексного судово-медичного дослідження в рамках розслідування багатьох правопорушень, зокрема, незаконного проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій** дозволяє стверджувати, що запропонована тема є недостатньо розробленою, хоча й теоретичні засади не є новими

для криміналістики. Але, сучасна дійсність вимагає нового осмислення питань проведення окремих видів експертиз, зокрема, судово-медичної. Різноманітні аспекти проведення експертиз при розслідуванні правопорушень були предметом дослідження Л. Л. Голубовича, І. О. Концевич, А. В. Кофанова, У. Крогмана, Б. В. Михаличенка, В. О. Ольховського, М. М. Тагаєва, В. Ю. Шепітько та інших.

**Метою статті** є розробка та аналіз теоретичних засад проведення комплексної судово-медичної та судово-археологічної/судово-антропологічної експертизи при розслідуванні незаконного проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини та інших правопорушень.

**Виклад основного матеріалу.** Судовою антропологією називають галузь фізичної антропології, яка займається ідентифікацією скелетних останків для судово-медичних цілей, про які відомо або підозрюється, що вони належать людині [1]. Це мультидисциплінарний напрямок, який поєднує фізичну антропологію, археологію та інші напрями антропології з криміналістичними науками, включаючи судову стоматологію, патологію та криміналістику [2]. Також, це субдисципліна фізичної антропології, яка застосовує остеологічні та біомеханічні підходи до вирішення судово-медичних проблем [3]. Отже, можемо підсумувати, що судова антропологія займається ідентифікацією людських останків для судово-медичних цілей та застосовує знання і методи фізичної антропології до проблем криміналістичного значення, використовує фізичну антропологію в криміналістичному контексті. Таким чином, можливе використання фізичної або біологічної антропології в судочинстві, зокрема, кримінальному.

В американській традиції антропологія розуміється як сукупність усіх наукових дисциплін, які стосуються людей, їх походження та існування у культурному та природному середовищі. Наприклад, американські фізичні або біологічні антропологи, які спеціалізуються на криміналістиці, зосереджують свої дослідження переважно на вивченні людського скелета. Фізична (або біологічна) антропологія, яка зосереджується на походженні людини, еволюції та різноманітності населення, і археологія, яка займається вивченням минулого людства через артефакти, утворюють окремі галузі антропології. У вітчизняній традиції термін «антропологія», насамперед, асоціюється з фізичною антропологією, або наукою про людину як біологічний вид – її походження та біологічну мінливість у часі та просторі [4].

Усі ці визначення відображають складність самої дисципліни. Термін «фізична антропологія» та криміналістичний контекст з'являються в усіх. Мабуть, саме класичне визначення судової антропології, запропоноване Стюартом у 1979 році, найточніше визначає основну і чи не єдину мету судової антропології: ідентифікацію скелетних людських останків у криміналістичному контексті. Ця мета досягається шляхом характеристики біологічного профілю особи – визначення віку, статі, зросту, прижиттєвих ушкоджень – для того, щоб зменшити групу можливих ідентифікованих осіб.

Виявляється, до судової антропології, так чи інакше, звертаються фізичні антропологи, які, перш за все, вивчають походження людини, мінливість її популяції, реконструюють спосіб життя людини минулого і простежують динаміку розвитку людини сучасної. Насправді, антропологів зацікавила ця робота через





рубрики, постійно вдосконалюються комплексні системи датування. Та й на допомогу приходять інші антропологи, що займаються порівняльним вивченням живих людей.

Якої статі була людина, останки якої надані для дослідження? Стать людини є однією з основних характеристик її біологічного профілю. Звичайно, завдяки експертизі ДНК можна відповісти на це питання з абсолютною точністю. А якщо ДНК не вдається виділити, то допоможуть традиційні методи визначення статі людини за кістковими останками.

Як виглядала особа, останки якої надано для дослідження? (Якої раси була особа?) Визначення антропологічного типу та відтворення зовнішності жертви по черепу часто є ключовими показниками в ідентифікації особи. Зовнішній вигляд служить не тільки основою для фотозйомки, але й важливий для ідентифікації в разі виявлення останків невідомої жертви. Фотографічне зіставлення прижиттєвої фотографії та зображення черепа або реконструйованого виду є одним із найвідоміших методів встановлення особи в криміналістиці.

Пластична реконструкція зовнішності знайшла своє прикладне значення в криміналістиці ще за життя її засновника М. М. Герасимова. Учні та послідовники вченого на теренах пострадянського простору продовжують його справу, співпрацюють з правоохоронними органами, виконують скульптурно-графічні реконструкції та фотозвірення прижиттєвих зображень і фотографій черепа померлого, зокрема, за допомогою сучасних комп'ютерних програм [6, с. 108].

Який був зріст та інші антропометричні ознаки? Численні, спеціально підібрані, колекції кісткових останків (тобто таких, у яких точно відомі стать, вік і антропометричні показники людей протягом усього їхнього життя) дозволили вченим побудувати формули відновлення прижиттєвого росту по довжині довгих кісток. На жаль, відхилення або прояви захворювань можуть призвести до позитивного результату ідентифікації. Кісткові останки можуть містити унікальні «відбитки пальців», наприклад, епігенетичні особливості або прояви патологій, які можуть допомогти ідентифікувати людину. Займається вивченням цих аспектів або таких наукових галузей, як епігенетика та палеопатологія. Значно зіпсувати зовнішній вигляд людини можуть ознаки минулих хвороб або заліковані травми, а рідкісні захворювання максимально звузити коло пошуку.

Що стало причиною смерті? Відповісти на це питання, звичайно, можна, якщо на людських кістках є сліди знаряддя вбивства.

Якою була природа смерті? Судово-антропологічна експертиза також допомагає реконструювати події, які передували смерті. Виявлені сліди знаряддя вбивства можуть свідчити про те, що поранення було нанесено за життя чи після смерті.

Спектр методів, що використовуються виключно для ідентифікації, постійно розширюється. Наприклад, це використання неінвазивних методів обстеження, таких як тривимірне сканування, комп'ютерна томографія. Сучасні технології наразі дозволяють створити скульптурну реконструкцію без використання черепа. Раніше фахівець з відновлення зовнішнього вигляду повинен був покрити череп шаром скульптурного пластиліну (створити скульптуру), потім, заливши гіпс або пластикову форму, відклеїти пластилін від поверхні черепа та відсканувати поверхню в трьох вимірах, або відтворити 3D-модель методом фотограм-

метрії, а потім роздрукувати її на 3D-принтері та використовувати як основу для об'ємної реконструкції.

Активно розвивається метод віртуального розтину, або «віртопсія», – використання томографії як передсекційного (тобто перед розтином трупа) методу дослідження. Він зарекомендував себе як у роботі з трупами, так і з такими складними об'єктами як мумії чи крихкі скелетні матеріали недостатньої збереженості. Наприклад, останки мумії фараона Аменхотепа виявили ще в 1881 році, але, до появи сучасних технологій дослідження було неможливим через їхню крихкість [7]. Експерти сумнівалися в можливості вилучення ДНК з кісток, адже виділення ДНК з таких об'єктів є дуже складним завданням. А попередня комп'ютерна томографія допомагає знайти найщільніші ділянки кістки в скелеті для використання в якості зразків.

Ізотопний аналіз складу кісткової тканини для визначення прижиттєвого раціону померлого та ймовірного регіону походження жертви – традиційні методи аналізу історичних реконструкцій – також успішно впроваджуються судовими антропологами. Тим не менш, аналіз ДНК з головною метою – встановити особу людини – зайняв лідируючі позиції. Методи роботи з ДНК останків, знайдених у несприятливих умовах навколишнього середовища, також стрімко вдосконалюються. Криміналістичній практиці потрібні точні традиційні методи визначення статі та віку за кістковими останками, причому, сучасні технології дозволяють визначати не лише стать, а й колір волосся, шкіри та очей. Вони користуються великим попитом, коли ДНК практично деградована в зовнішньо непошкодженій морфології кістки. Це трапляється при похованні в жаркому кліматі або в місці з постійними коливаннями вологості. Також, ДНК руйнується під впливом високих температур. Але, навіть якщо він зберігся, неможливо намалювати точний портрет з індивідуальним фенотипом або визначити набір важливих для ідентифікації ознак. Складність є і у випадках, коли знайдено не одну особу в колективному місці поховання. Навіть у досвідченого генетика виникатимуть складнощі, які фрагменти брати на аналіз. Ті ж проблеми є на місцях спалення тіл та в інших братських могилах. Окремо зазначимо проблему порівняльного дослідження у тому випадку, коли більше немає родичів для порівняння ДНК. З такими складними завданнями мають разом працювати фахівці різного профілю.

Розумний початковий підхід до відбору проб мінімізує кількість системних помилок у процесі ідентифікації. Ще більший порядок вносить правильний підхід до розкопок знахідок за правилами археології. Водночас, особливого догляду та уваги потребують колективні та братські могили. При похованні людей одночасно і, на кількох рівнях, потрібно відокремити скелет однієї людини від іншої. Це може бути досить важко зробити. Тафономія в цьому випадку приходиться на допомогу криміналістиці, а також судовій археології.

Криміналістична археологія – це дисципліна з теорією та методологією, спеціально розробленою для реконструкції та інтерпретації людської зовнішності та поведінки на основі виявлення речових доказів і доказів на місці злочину або інциденту, пов'язаного з судово-медичними процедурами. Таке формулювання прозвучало під час Першої європейської конференції з судової археології (EMFA), яка відбулася в серпні 2012 року в Гаазі (Нідерланди). Робоча група з судової археології Європейської мережі судово-експертних установ (ENFSI) була

заснована в 2013 році. Метою експертної групи є об'єднання європейських експертів, уніфікація методичних рекомендацій та розробка практичних рекомендацій щодо використання археологічних методів для розслідування злочинів та розгляду їх у суді.

Предметом дослідження є людські останки, зброя, викрадені предмети та докази, приховані із злочинним умислом. Спектр використовуваних методів пошуку та дослідження широкий і включає традиційні засоби звичайних археологічних досліджень (методи розкопок, металошукання, георадарні дослідження, горизонтальне очищення території для виявлення сховищ і поховань, пошук залишків споруд і поховань) [8]. Одне з найважливіших питань під час розкопок: визначити, чи є речі чи кістки в тих місцях, де їх поклав правопорушник, чи вони були перенесені або знову сховані. Визначається взаємозв'язок артефактів чи свідчень у комплексі та їх відносне датування.

У вітчизняній криміналістиці терміни «судова археологія» або «судове археологічне розслідування» на сьогоднішній день відсутні. Але, лише археологічне дослідження на місці злочину за непрямыми доказами (наприклад, випадково впущена правопорушником монета) може допомогти відповісти на питання про терміни давності поховання, яке є одним із найважливіших. Експерт може розповісти слідству, скільки часу скелет пролежав у землі, і визначити цей час лише по кісткових останках – одна з найскладніших і до кінця не вирішених проблем. Спочатку потрібно оцінити стан кісткової тканини і повноту скелета, визначити, чи були суглоби в артикуляції на момент виявлення. Потім розглянути внутрішні фактори, які можуть вплинути на швидкість гниття трупа (ліки, наявність або відсутність одягу, ґрунт, полив ділянки, особливості місцевої флори і фауни, річний температурний режим і режим інсоляції), а потім зіставити все з зовнішніми факторами: глибиною поховання, типом, морфологічними, хіміко-біологічними характеристиками трупа. Обов'язково є врахування географії нашої країни, різноманітність ґрунтових умов і винахідливість злочинців, щоб приховати труп і злочин. Кістки з недавнього кримінального поховання можуть не зберегтися взагалі або, навпаки, демонструвати унікальну збереженість.

В таких випадках ми вважаємо за необхідне звернутися до тафономії: галузі знань, яка вивчає як відбувається руйнування кісткової тканини та органічних матеріалів за різних умов поховання. Значний прогрес у розумінні процесів, які регулюють розкладання людського тіла після смерті, зробили так звані «ферми тіл» – експериментальні майданчики, де вчені спостерігають за процесом розкладання людей, які залишили свої тіла науці. Перший центр був створений у 1981 році з ініціативи Вільяма Басса в Університеті Теннессі (Ноксвіль, США). З 1999 року в центрах проводять навчання співробітників ФБР, як викопують людські останки. Крім дослідницького центру в Теннессі, подібні кампуси відкриті на базі шести університетів США, Австралії та Канади [9].

Термін «тафономія» (від грец. *τάφος* – «могила, поховання» та *νόμος* – «закон») вперше був визначений у 1940 р. як наука про перехідні моделі останків тварин із біосфери в літосферу, яка позначає межу між геологією та біологією. Як окрема галузь палеонтології, тафономія розвивається до сьогодні, а концепція та сам термін пізніше були прийняті палеоботаніками, зооархеологами, палеоантропологами та археологами щодо вивчення останків тварин і людини. Тафономія включає в себе вивчення двох фаз: перший можна визначити як час від смерті





- Таврійського (2001-2006 pp.). *Археологія*. 2008. № 1. С. 71-81.
9. Введение в тафнономию. URL: <https://www.futurelearn.com/info/courses/forensic-archaeology-and-anthropology-russian/0/steps/273395> (дата звернення: 14.03.2023).
  10. Forensic Taphonomy. The Postmortem Fate of Human Remains. Published December 13, 1996 by CRC Press. 668 p.

## References

1. Stewart T.D. (1979). Essentials of forensic anthropology. Springfield, IL: Charles C. Thomas. URL: <https://worldcat.org/title/3842826>.
2. Iscan M.Y. (2001). Forensic Anthropology in the 21st Century. Volume 117, Issues 1–2, P. 1-161 (1 March 2001).
3. Reichs K.J. (1998). Forensic osteology: advances in the identification of human remains (2nd Edition). Springfield, IL: Charles C. Thomas. 567 p.
4. Seheda S. P. (2001). Antropolohiia. Entsyklopediia Suchasnoi Ukrainy [Elektronnyi resurs] / Redkol.: I. M. Dziuba, A. I. Zhukovskiy, M. H. Zhelezniak [ta in.]; NAN Ukrainy, NTSh. Kyiv: Instytut entsyklopedychnykh doslidzhen NAN Ukrainy, 2001. URL: <https://esu.com.ua/article-43059> (data zvernennia: 14.03.2023) [in Ukrainian].
5. Yevropeiska konventsiiia pro okhoronu arkheolohichnoi spadshchyny (perehlianuta) (ETS № 143) vid 16.01.1992. Konventsiiu ratyfikovano Zakonom Ukrainy № 1369-IV vid 10.12.2003. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2004. № 15. St. 224 [in Ukrainian].
6. Haryha-Hrykhno M. M., Vyhovskiy V. L., Tahiiiev C. R. (2018). Znachennia metodyky rekonstruktzii oblychchia za cherepom dlia kryminalno-protseusualnoi nauky. *Naukovyi visnyk Sivershchyny*. Seriiia: Pravo. № 2(4). S. 105–112 [in Ukrainian].
7. Smutok B. Vcheni «rozghornuly» mumiiu faraona Amenkhotepa I u tsyfrovomu vygliadi. URL: <https://chas.news/news/vcheni-rozghornuli-mumiyu-faraona-amenhotepa-i-u-tsifrovomu-viglyadi-scho-voni-pobachili> (data zvernennia: 14.03.2023) [in Ukrainian].
8. Rabinovits A., Sedikova L. V., Trelohan Dz., Iv S. (2008). Novi metodolohii doslidzhennia pamiatky davnyny: tsyfrovi tekhnolohii ta rozkopky v Pivdennomu raioni Khersonesa Tavriiskoho (2001-2006 rr.). *Arkheolohiia*. № 1. S. 71-81 [in Ukrainian].
9. Vvedenie v tafonomiyu. URL: <https://www.futurelearn.com/info/courses/forensic-archaeology-and-anthropology-russian/0/steps/273395> (data zvernennya: 14.03.2023) [in Russian].
10. Forensic Taphonomy. The Postmortem Fate of Human Remains. Published December 13, 1996 by CRC Press. 668 p.

Стаття надійшла 15.03.2023 р.

**O. V. Narozhna**, Deputy Dean  
of the Faculty of Economics and Law, Senior Lecturer  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
the Department of Criminal law, Criminal Procedure and Criminalistics  
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: narozhna@onu.edu.ua

## IMPLEMENTATION OF THE ACHIEVEMENTS OF FORENSIC ARCHEOLOGY AND FORENSIC ANTHROPOLOGY IN THE INVESTIGATION OF ILLEGAL SEARCH OPERATIONS AT AN ARCHAEOLOGICAL HERITAGE SITE

### Summary

The results of expert research in the field of forensic anthropology and forensic archeology help solve many important tasks: identify bone remains, determine the antiquity of a crime and can help historians and archaeologists find answers about the way of life, habits and level

of civilization of a particular era. In some cases, even a historical investigation is possible, in which special knowledge of forensic anthropology and archeology can also come in handy. The study of skeletons and corpses, mummified remains of ancient people, cooperation with criminologists and historians helps not only to recognize certain individuals in the presence of materials for comparative research, but also to verify or refute more global versions of certain facts of the life of the entire historical society. The active development of forensic archeology and anthropology abroad provides a worthy example for domestic science and practice to borrow the positive experience of European and American colleagues. We see the use of the results of forensic archeology and forensic anthropology as part of a complex forensic investigation within the framework of the investigation of many offenses, in particular, illegal search operations at an archaeological heritage site, destruction, destruction or damage to cultural heritage sites.

General scientific methods of research are empirical (experiment, observation, description) and theoretical (analysis, synthesis, abstraction, generalization, induction, deduction, explanation, classification, etc.), as well as systemic, functional, specifically sociological. The purpose of the article is to develop and analyze the theoretical foundations of conducting a complex forensic-medical and forensic-archaeological/forensic-anthropological examination during the investigation of illegal search operations at an archaeological heritage site, destruction, destruction or damage of cultural heritage sites and other offenses.

First of all, when investigating the illegal conduct of search works at an archaeological heritage site, it is necessary to use the achievements of many sciences, to come to a systematic perception of the research object, to look for new interdisciplinary approaches. Secondly, when studying skeletonized remains and corpses, it is necessary to combine knowledge from forensic medicine, history, archeology and anthropology. It is necessary to develop a plan for the investigation of crimes taking into account the appointment of such types of examinations, to calculate certain deadlines and the complexity of investigations of this kind. Thirdly, to develop and test the methodology of conducting comprehensive forensic-medical and forensic-archaeological/forensic-anthropological examinations taking into account the achievements of these fields of knowledge and modern domestic technical and personnel capabilities. Fourth, to study the experience of foreign colleagues, in particular, American research centers and criminal proceedings, to improve the qualifications of certain specialists directly on international practice bases.

**Keywords:** investigation, identification, forensic archeology, forensic anthropology, forensic medicine, taphonomy, DNA.

## ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

### ПРАВИЛА ОФОРМЛЕННЯ ТА ПОДАННЯ РУКОПISУ ДО НАУКОВОГО ФАХОВОГО ЖУРНАЛУ «ПРАВОВА ДЕРЖАВА»

Рішенням Атестаційної колегії Міністерства освіти та науки України від 06 березня 2020 р. науковий фаховий журнал «Правова держава» отримав категорію «Б» (юридичні науки) в переліку наукових фахових видань (Наказ Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р.).

Науковий фаховий журнал «Правова держава» успішно пройшов процес оцінки і внесений до наукометричної бази даних ICI Journals Master List на 2021 рік. На підставі поданої інформації в анкеті і аналізі випусків журналу за 2021 рік, експерти Index Copernicus розрахували значення індексу:

**ICV 2021 = 85,15.** <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=32241>

1. У виданні публікуються матеріали, в яких висвітлюються актуальні питання та аналіз теоретичних та практичних проблем сучасного стану розвитку правової системи, розгляд теоретичних проблем розвитку окремих елементів правової системи України, дослідження місця національної правової системи серед правових систем сучасності та її адаптація до європейських стандартів, загальнотеоретичні питання правознавства, актуальні проблеми публічно-правових наук та тенденції розвитку науки приватного права.

2. До друку приймаються статті українською, англійською та німецькою мовами.

3. Рукопис статті подається до редакції у формі: файлу рукопису, який надсилається на електронну адресу редакції **onu.pd.odessa@gmail.com** у форматі **Автор\_Назва статті**, оформлену згідно вказаних вимог.

4. Рукопис статті, супроводжується:

- Довідкою про автора.

- Авторський реферат (анотація) статті англійською мовою для розміщення на веб-сайті видання. Авторський реферат повинен містити прізвище та ім'я автора (-ів), місце роботи або навчання, назву та стислий зміст статті. Реферат повинен бути написаний з використанням наступного алгоритму: мета та актуальність теми; методика (методи) дослідження; отримані результати; практичну цінність статті. Обсяг реферату має бути не менше 1800 знаків. Переклад англійською мовою повинен бути достовірним (не машинним).

5. Рукопис статті не має містити заборонених до друку матеріалів, оскільки журнал є відкритим джерелом інформації. Автори повинні подавати оригінальні наукові статті, а якщо автори використовували роботи та / або вислови інших людей, вони повинні бути належним чином оформлені у вигляді цитат. Плагіат у всіх його формах розцінюється як неетична поведінка і є неприйнятним.

6. Автор не має публікувати статтю, в якій описується по суті одне й те саме дослідження, у більш ніж одному науковому виданні або первинній публікації. Подання статті до більш ніж одного наукового видання одночасно розцінюється як неетична поведінка і є неприйнятним. Автор не має подавати на розгляд в інші наукові видання раніше опубліковані статті. У випадку, якщо автор у вторинній публікації використовує матеріали попередніх праць, автор має навести поси

лання на первинну статтю. Редколегія залишає за собою право на рецензування, редакційні виправлення, скорочення і відхилення статей. Відповідальність за матеріал статті несе автор (автори).

7. Наукові статті, що надійшли до редколегії, обов'язково проходять сліпе подвійне рецензування та перевірку на оригінальність статті, після чого відповідальний секретар редколегії повідомляє авторів про позитивне чи негативне рішення щодо прийняття статті для публікації у збірнику.

#### **8. Технічні вимоги до оформлення наукової статті:**

- загальний обсяг статті має складати до 20 сторінок;
- кількість співавторів – не більше двох;
- стаття повинна бути підготовлена за допомогою редактора **Word for Windows®**;

- стандарти:

- a) **формат аркуша** – А4 (210×297), орієнтація сторінки – «книжна»;
- b) поля: **ліве** – 20 мм, **праве** – 20 мм, **верхнє** – 20 мм, **нижнє** – 20 мм; сторінки без нумерації;

- c) **абзац** – 1,25 см;

- d) **переплетіння** – 0 см;

- e) **інтервал між рядками** – 1,5 пт.;

- f) інтервал між абзацами «до», «після» – 0 пт.;

- g) відступи «**праворуч**», «**ліворуч**» – 0 пт.;

- h) шрифт набору – Times New Roman;

- i) **назва, текст статті, додатки** – кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1,5;

- стаття набирається по всій ширині абзацу;

9. Текст рукопису має бути побудований за загальноприйнятою схемою:

- **індекс УДК** у верхньому лівому кутку листа (Times New Roman, 14 пт.);

- **ініціали та прізвища авторів** у верхньому правому кутку листа українською (або мовою статті). Порядок подання: **ім'я, по-батькові, прізвище; науковий ступінь, вчене звання**, назва факультету або кафедри, де працює автор (або автори); **адреса; e-mail** (Кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1,5).

- порожній рядок;

- **назва статті** – великими літерами, по центру українською (або мовою статті) (Times New Roman, 14 пт., жирний). Назва статті подається без використання вузькоспеціалізованих скорочень, крапка в кінці назви не ставиться;

- порожній рядок;

- **анотація** українською (або мовою статті) (Кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1,5);

**анотацію не потрібно розміщувати на окремому листі.** Анотація повинна містити стисле формулювання змісту статті, не повторювати назву статті. Загальна структура анотації повинна містити: актуальність теми дослідження, постановка проблеми та завдання, аналіз останніх досліджень і публікацій, виділення недосліджених частин загальної проблеми, постановка завдання, викладення основного матеріалу (**стисло**), висновки відповідно до статті;

- **ключові слова** (3-10 слів) українською (або мовою статті) (Кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1,5);

- порожній рядок;

- **основний матеріал статті:**

Структура статті має бути такою:

- Постановка проблеми;
- Аналіз останніх досліджень і публікацій;
- Мета статті;
- Виклад основного матеріалу;
- Висновки і пропозиції.

- література (Times New Roman, 14 пт., **жирний**, по центру); перелік літератури є останнім в статті і його необхідно оформити відповідно чинних вимог з оформлення літератури;

- **стаття надійшла** у нижньому правому кутку листа (Times New Roman, 14 пт.) у форматі (ДД.ММ.РРРР);

- **ініціали та прізвища** авторів у верхньому правому кутку листа англійською мовою. Порядок подання: **ім'я, по-батькові, прізвище; науковий ступінь, вчене звання**, назва факультету або кафедри, де працює автор (або автори); **адреса; e- mail, ORCID** (Кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1).

- **анотація** англійською мовою (від 1800 знаків) (Кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1);

- **references** (Times New Roman, 14 пт., **жирний**, по центру).

10. **Літературні джерела, що цитуються**, повинні бути пронумеровані відповідно з порядком звертання до них у тексті. Посилання на джерело подається у квадратних дужках, наприклад: "... відомо з [4]. ..." або "... розглянуто у [4, с. 203] ...".

11. **Список літератури** наводиться наприкінці статті відповідно до порядку звернення по тексту на мові оригіналу, відповідно до ДСТУ 7152:2020 «Інформація та документація. Видання. Оформлення публікацій у журналах і збірниках» (ISO 8:2019, NEQ; ISO 18:1981, NEQ; ISO 215:1986, NEQ).

12. **References** повинен бути оформлений за міжнародним бібліографічним стандартом APA (<http://www.bibme.org/citation-guide/apa/>).



**До уваги авторів та читачів!**  
**Науковий журнал «Правова держава» з 2016 року**  
**виходить з періодичністю 4 рази на рік.**

**ГРАФІК ВИПУСКУ НОМЕРІВ «ПРАВОВА ДЕРЖАВА»**  
**на 2023 рік**

№№ випуску	Початок прийому статей	Закінчення прийому статей	Електронна версія журналу	Друкована версія журналу
49	15.02.2023	15.03.2023	15.04.2023	30.04.2023
50	15.04.2023	15.05.2023	15.06.2023	30.06.2023
51	15.08.2023	15.09.2023	15.10.2023	30.10.2023
52	15.10.2023	15.11.2023	15.12.2023	30.12.2023

Редколегія має право редагувати текст статей,  
погоджуючи відредагований варіант  
з автором, а також не приймати рукописи,  
якщо вони не відповідають вимогам  
журналу «Правова держава».

Українською, англійською та німецькою мовами

**Опубліковані матеріали відбивають позицію автора,**  
**яка може не збігатися з думкою редакції.**  
**За достовірність фактів, статистичних даних та інших матеріалів**  
**відповідальність несе автор або особа, яка надала матеріал.**  
**Передрукування матеріалів допускається з дозволу редакції.**

Свідоцтво про державну реєстрацію  
друкованого засобу масової інформації:  
Серія KB № 16843-5605ПР від 20.07.2010 р.

Підписано до друку **15.04.2023 р.** Формат 70x108/16. Ум.-друк. арк. 17,85  
Зам. № 2304-01. Тираж 100 прим.

**Адреса редколегії:**  
Україна, 65058, Одеса, Французький бульвар, 24/26  
Тел.: (048) 702-31-31  
e-mail: [onu.pd.odessa@gmail.com](mailto:onu.pd.odessa@gmail.com)  
[www.pd.onu.edu.ua](http://www.pd.onu.edu.ua)

**Надруковано у ПП «Фенікс»**  
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.2002 р.)  
Україна, 65009, Одеса, вул. Зоопаркова, 25  
Тел. +38 050 7775901, +38 048 7959160  
e-mail: [fenix-izd@ukr.net](mailto:fenix-izd@ukr.net)  
[www.fenixbooks.com](http://www.fenixbooks.com)