

ВІСНИК КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

ISSN 2413-5372

1-2 / 2023

Науково-практичний журнал

Видається 4 рази на рік

Заснований у 2015 році

Засновники:

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
Національна академія внутрішніх справ,
Національна академія Служби безпеки України,
Товариство з обмеженою відповідальністю «Правова Єдність»*

Головний редактор:

Погорецький М.А., доктор юридичних наук, професор

Свідоцтво про державну реєстрацію (перереєстрацію)

КВ № 25381-15321 ПР від 07.01.2023 р.

Науково-практичний журнал

«Вісник кримінального судочинства» внесено до: переліку фахових видань у галузі юридичних наук (Наказ Міністерства освіти і науки України від 07.10.2015 р.

№ 1021); міжнародних, закордонних і національних реферативних та наукометричних баз даних: «Index Copernicus International» (Польща), «Polska Bibliografia Naukowa» (Польща, PBN), «Directory of Research Journals Indexing» (DRJI), «Academic Resource Index» (ResearchBib, Японія), «Citefactor Indexing» (США), «Scientific Indexing Services» (США), «Наукова періодика України» в Національній бібліотеці України імені В.І. Вернадського (Україна).



<https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2>

Передплатний індекс: 86753

Видавець: ТОВ «Правова Єдність»

**ПРАВОВА
ЄДНІСТЬ**
РЕДАКЦІЯ
ЮРИДИЧНИХ
ВИДАНЬ

HERALD OF CRIMINAL JUSTICE

ISSN 2413-5372

1-2 / 2023

Scientific-practical journal

Published 4 times a year

Founded in 2015

Found:

*Taras Shevchenko National University of Kyiv,
National Academy of Internal Affairs,
National Academy of the Security Service of Ukraine,
Pravova Ednist Ltd.*

Editor-in-Chief:

M. Pohoretskyi, Doctor of Law, Professor

Certificate of registration (re-registration):

KB № 25381-15321 PR from 07.01.2023

Scientific-practical journal

«Herald of criminal justice» is added: to the list of professional publications in the branch of legal sciences (Order of Ministry of Education and Science of Ukraine 07.10.2015 № 1021); international, foreign and national reference and scientometric databases: «Index Copernicus International» (Poland), «Polska Bibliografia Naukowa» (Poland, PBN), «Directory of Research Journals Indexing» (DRJI), «Academic Resource Index» (ResearchBib, Japan), «Citefactor Indexing» (USA), «Scientific Indexing Services» (USA), «Ukraine Scientific Periodicals» by Vernadsky National Library of Ukraine (Ukraine).



<https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2>

Prepaid Index: 86753

Publisher: Pravova Ednist Ltd.

**ПРАВОВА
ЄДНІСТЬ**
РЕДАКЦІЯ
ЮРИДИЧНИХ
ВИДАНЬ

*Рекомендовано до друку
Редакційною колегією науково-практичного журналу
«Вісник кримінального судочинства»
(протокол № 1 від 30 червня 2023 р.)*

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Погорецький М.А., д-р юрид. наук, проф. (головний редактор);
Хотинська-Нор О. З., д-р юрид. наук, доц. (перший заступник головного редактора);
Топорецька З.М., д-р юрид. наук, доц. (заступник головного редактора);
Лисаченко Є.І., доктор філософії (відповідальний секретар);
Денисенко Г.В., доктор філософії, с.н.д (відповідальний секретар);
Бабаніна В.В., д-р юрид. наук, доц.;
Бірюкова А.М., д-р юрид. наук, доц.;
Вапнярчук В.В., д-р юрид. наук, проф.;
Варфоломєєва Т.В., д-р юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України;
Вознюк А.А., д-р юрид. наук, проф.;
Вільгушинський М.Й., д-р юрид. наук, доц.;
Волинець Р.А., д-р юрид. наук, доц.;
Гринюк В.О., д-р юрид. наук, проф.;
Грібов М.Л., д-р юрид. наук, проф.;
Гребенюк М.В., канд. юрид. наук, доц.;
Дудоров О.О., д-р юрид. наук, проф.;
Журавель В.А., д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України;
Захарченко П.П. д-р юрид. наук, проф.;
Капліна О.В., д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України;
Куцевич М.П., д-р юрид. наук, доц.;
Кучинська О.П. д-р юрид. наук, проф.;
Книженко О.О., д-р юрид. наук, проф.;
Костюченко О.Ю. канд. юрид. наук, доц.;
Лобойко Л.М., д-р юрид. наук, проф.;
Макаренко Н.К., д-р юрид. наук, доц.;
Малюга Л.Ю.; д-р юрид. наук, доц.;
Мацелюх І.А., д-р юрид. наук, проф.;
Москвич Л.М., д-р юрид. наук, проф.;
Новицький Г.В., д-р юрид. наук, проф.;
Нор В.Т., д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України;
Найдьон Ю.О., д-р юрид. наук, проф.;
Подобний О.О., д-р юрид. наук, проф.;
Рогатюк І.В. д-р юрид. наук, доц.;
Сергеєва Д.Б., д-р юрид. наук, проф.;
Столітній А.В., д-р юрид. наук, доц.;
Сухачов О.О., д-р юрид. наук;
Старенький О.С., д-р юрид. наук, доц.;
Татаров О.Ю., д-р юрид. наук, проф.;
Удалова Л.Д., д-р юрид. наук, проф.;
Фаринник В.І. д-р юрид. наук;
Цуцкірідзе М.С., д-р юрид. наук;
Чернявський С.С., д-р юрид. наук, проф.;
Черняк А.М., д-р юрид. наук;
Шевчишен А.В., д-р юрид. наук, доц.;
Шепітько В.Ю., д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України;
Шумейко Д.О., д-р юрид. наук, доц.;
Шумило М.Є., д-р юрид. наук, проф, чл.-кор. НАПрН України;
Щербина Л.І., канд. юрид. наук, с.н.с.;
Яновська О.Г., д-р юрид. наук, проф.

ІНОЗЕМНІ ЧЛЕНИ РЕДАКЦІЙНОЇ КОЛЕГІЇ:

Айтімов Болат Жолдасбекович, доктор філософії (Казахстан);
Лорена Бахмайер Вінтер, доктор філософії, проф. (Іспанія);
Моніка Філіповська-Тузіл, доктор філософії, проф. (Польща);
Маріанна Муравйова, проф. (Фінляндія);
Дер-Чін Хорнг, проф. (Тайвань);
Шимон Павелець, доктор філософії, проф. (Польща);
Коломієць К.В. (технічний секретар)

ЗМІСТ

I. ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ КРИМІНАЛІСТИКИ ТА ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

<i>ВАСИЛИНЧУК В. І., ПОГОРЕЦЬКИЙ М. М., ТІХОНОВ С. В.</i> Аналітичний висновок у оперативно-розшуковій діяльності та кримінальному процесі	8
<i>ДРОЗД В. Г.</i> Криміналістичні засади тактики допиту особи, потерпілої від домашнього насильства	19
<i>ГРІБОВ М. Л., КОЗАЧЕНКО О. І.</i> Правове регулювання використання негласного співробітництва з метою виявлення кримінальних правопорушень	26
<i>МЕТЕЛЕВ О. П.</i> Цифрові докази у кримінальному процесі: видова характеристика	42
<i>ПОГОРЕЦЬКИЙ М. А., ЛИСАЧЕНКО Є. І.</i> Встановлення достовірності цифрових доказів Міжнародним кримінальним судом: окремі проблемні питання та шляхи їх вирішення.....	54
<i>СЕРГЄЄВА Д. Б., ПОПИХАЧ Д. К.</i> Криміналістична характеристика шпигунства та її значення для документування в оперативно-розшуковій діяльності та у досудовому розслідуванні	74
<i>ТАРАН О. В.</i> Деякі питання безпеки і охорони праці у рішеннях Європейського суду з прав людини (кримінальне провадження)	87
<i>ТЕТЕРЯТНИК Г. К.</i> Превентивне затримання: питання нормативної регламентації	96

II. ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

<i>ДУДОРОВ О. О., ПИСЬМЕНСЬКИЙ Є. О.</i> Викладач як суб'єкт корупційних злочинів	108
<i>ПРОДАНЧУК М. Г., ЧЕРНЯК А. М., ВЕЛИЧКО М. В.</i> Доцільність внесення змін у КК України шляхом заміни визначення «отруйні речовини» на «високотоксичні речовини» відповідно до законодавства ЄС	120
<i>ТИЩЕНКО Є. Ф.</i> Щодо удосконалення диспозицій частини третьої та шостої статті 111 ¹ Кримінального кодексу України.....	132

III. ПРОБЛЕМИ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ

<i>КНИЖЕНКО О. О.</i> Покарання та інші заходи кримінально-правового реагування за вчинення колабораційної діяльності.....	142
--	-----

<i>МЕЛЬНИК Д. С., ЛЕОНОВ Б. Д.</i> Актуальні питання удосконалення порядку визнання організацій терористичними та формування їх реєстру	151
<i>ШЛАПАЧЕНКО В. М.</i> Проблемні питання криміналізації пособництва державі-агресору (ст. 111-2 КК України)	164

IV. ПРОБЛЕМИ ІНШИХ ГАЛУЗЕЙ ПРАВА

<i>ВАЖИНСЬКИЙ В. М.</i> Класифікація адміністративних правопорушень, які вчиняються у сфері діяльності інституційних інвесторів	173
<i>ТОПОРЕЦЬКА З. М.</i> Зарубіжний досвід легалізації гравального бізнесу та його значення для України	185

V. ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

<i>КАРВАЦЬКИЙ А. М.</i> Особливості правового регулювання початку досудового розслідування в умовах надзвичайних правових режимів	193
<i>КОЛОМІЄЦЬ К. В.</i> Вплив правових презумпцій на обставини, які входять до предмета доказування у кримінальному провадженні	201
<i>ТЕСЛЕНКО І. О.</i> Концепції допустимості доказів та їх імплементація у кримінальний процес України	211

VI. НАУКОВІ ВИСНОВКИ, ПРОПОЗИЦІЇ ТА ЗАУВАЖЕННЯ ДО ЗАКОНОПРОЕКТУ

Науковий висновок кафедри кримінального процесу та криміналістики Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини шостої статті 615 Кримінального процесуального кодексу України	221
Науковий висновок кафедри кримінального процесу та криміналістики Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 459 Кримінального процесуального кодексу України	227

CONTENTS

I. PROBLEMS OF CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINAL SCIENCES AND OPERATIONAL AND INVESTIGATIVE ACTIVITIES

<i>VASYLYNCNUK V. I., POHORETSKYI M. M., TIKHONOV S. V.</i> Analytical summary in operational-search activity and criminal proceeding	8
<i>DROZD V. G.</i> Forensic principles of interrogation tactics of a victim of domestic violence.....	19
<i>HRIBOV M. L., KOZACHENKO O. I.</i> Legal regulation of using secret cooperation for the purpose of investigating criminal offenses	26
<i>METELEV O. P.</i> Digital evidence in criminal procedure: typological characteristic	42
<i>POHORETSKYI M. A., LYSACHENKO Y. I.</i> Establishing the reliability of digital evidence by the International Criminal Court: some problematic issues and ways to solve them	54
<i>SERHIEIEVA D. B., POPYKHACH D. K.</i> Criminal characteristics of espionage and its significance for documentation in operative and investigative activities and pre-judicial investigations	74
<i>TARAN O. V.</i> Some issues of safety and labor protection in decisions of the European Court Of Human Rights (criminal proceedings)	87
<i>TETERIATNYK H. K.</i> Preventive detention: legal regulation issues	96

II. PROBLEMS OF CRIMINAL LAW

<i>DUDOROV O. O., PYSMENSKYY Y. O.</i> A teacher as a subject of corruption offenses.....	108
<i>PRODANCHUK M. H., CHERNYAK A. M., VELYCHKO M. V.</i> Expediency of replacing the concept of toxic substances with highly toxic substances in the concert of Ukraine in the context of harmonization with EU legislation.....	120
<i>TYSCHENKO E. F.</i> Regarding the improvement of the provisions of parts three and six of article 111 ¹ of the Criminal Code of Ukraine	132

III. PROBLEMS OF NATIONAL SECURITY

<i>KNYZHENKO O. O.</i> Punishment and other measures of criminal legal response for committing collaborative activities	142
<i>MELNYK D. S., LEONOV B. D.</i> Current issues of improving the procedure for the recognition of terrorist organizations and the formation of their registry.....	151

<i>SHLAPACHENKO V. M.</i> Problematic issues of criminalization of aiding and abetting the aggressor state (Article 111-2 of the Criminal Code of Ukraine).....	164
---	-----

IV. PROBLEMS OF OTHER FIELDS OF LAW

<i>VAZHYNYSKYI V. M.</i> Classification of administrative offenses committed in the sphere of activity of institutional investors.....	173
<i>TOPORETSKA Z. M.</i> The foreign experience of the gambling legalization and its significance for Ukraine	185

V. YOUNG SCIENTIST TRIBUNE

<i>KARVATSKYI A. M.</i> Features of the legal regulation of the beginning of the pre-trial investigation in the conditions of extraordinary legal regimes	193
<i>KOLOMIETS K. V.</i> Influence of legal presumptions on the circumstances which are subject to proof in criminal proceedings.....	201
<i>TESLENKO I. O.</i> Concepts of admissibility of evidence and their implementation in the criminal process of Ukraine.....	211

VI. SCIENTIFIC CONCLUSIONS, PROPOSALS AND COMMENTS ON THE DRAFT LAW

Scientific Opinion of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics of the Educational and Research Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv on the Compliance with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of the Provisions of Part Six of Article 615 of the Criminal Procedure Code of Ukraine	221
--	-----

Scientific Opinion of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics of the Educational and Research Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv on the Compliance with the Constitution of Ukraine (Constitutionality) of the Provisions of Part One of Article 459 of the Criminal Procedure Code of Ukraine	227
--	-----

I. ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ, КРИМІНАЛІСТИКИ ТА ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Василинчук В. І.,

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри оперативно-розшукової діяльності,
Національної академії внутрішніх справ
ORCID ID: 0000-0001-5415-8450

Погорецький М. М.,

кандидат юридичних наук,
старший науковий дослідник,
доцент кафедри кримінального права
та кримінології Національної академії СБУ
ORCID ID: 0000-0003-2888-0911

Тіхонов С. В.,

доктор філософії,
доцент кафедри оперативно-розшукової діяльності
Національної академії внутрішніх справ
ORCID ID: 0000-0002-8100-1587

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/8-18>

УДК 342.951;343.9(477)

АНАЛІТИЧНИЙ ВИСНОВОК У ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ТА КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Анотація. У статті досліджено проблемні питання використання результатів аналітичної роботи оперативних підрозділів в оперативно-розшуковій діяльності та в кримінальному процесі.

Метою статті є обґрунтування наукових пропозицій використання аналітичного висновку, складеного оперативними працівниками, для отримання фактичних даних, які можуть бути використані для прийняття рішень в оперативно-розшуковій діяльності та в кримінальному процесі, а також обґрунтування відповідних рекомендацій щодо змін і доповнень до чинного законодавства.

Визначається, що результатом аналітичної роботи є висновок та рекомендації, які створюються в електронному або письмовому вигляді, з обов'язковим зазначенням використаних аналітичних інструментів, баз даних, ухвал слідчого судді, судді апеляційного суду, дозволів прокурора або слідчого, якщо досліджувана інформація отримана в результаті проведення оперативно-розшукових заходів, слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій.

Пропонується внести зміни до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», виклавши п. 2, ч. 1 ст. 7 в такій редакції: «п. 2) виконувати письмові доручення слідчого, вказівки прокурора та ухвали слідчого судді суду і запити повноважних державних органів, установ та організацій про проведення оперативно-розшукових заходів, слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, а також про складання аналітичного висновку безпосередньо проводити або ініціювати проведення кримінального аналізу, а також здійснювати аналітичний аналіз матеріалів оперативно-розшукової діяльності, за результатами якого складати аналітичний висновок;»; п. 21, ч. 1 ст. 8 в такій редакції: «21) слідчого та прокурора доручати оперативним підрозділам здійснювати аналітичний аналіз матеріалів оперативно-розшукової діяльності та негласних слідчих (розшукових) дій і за його результатами складати відповідні аналітичні висновки;».

Обґрунтовується необхідність внесення змін і доповнень до чинного КПК України, виклавши п. 3, ч. 2, ст. 40 КПК України в такій редакції: «п. 3) доручати відповідним оперативним підрозділам проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а також оперативно-розшукових заходів по призупиненні кримінальних проваджень та проводити аналіз інформації, що міститься в оперативно-розшукових справах і негласних слідчих (розшукових) діях, та складати аналітичні висновки, які можуть бути використані у кримінальному провадженні;»; п. 5, ч. 2, ст. 36 КПК України в такій редакції: «п. 5) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а також проведення аналізу інформації, що міститься в оперативно-розшукових справах та негласних слідчих (розшукових) діях і складати аналітичні висновки відповідним оперативним підрозділам».

Ключові слова: аналітичний висновок, аналітична робота, оперативно-розшукова діяльність, оперативні підрозділи, оперативно-розшукові заходи, оперативне провадження, слідчі (розшукові) дії, негласні слідчі (розшукові) дії, права людини.

Постановка проблеми. Одним з основних чинників, що свідчить про ефективність виявлення, розслідування кримінальних правопорушень уповноваженими підрозділами правоохоронних органів є рівень системи накопичення, концентрації та використання різної інтегрованої інформації.

Стрімкий розвиток технологій, спеціалізованого програмного забезпечення з обробки та аналізу інформації з різних джерел та їх застосування у повсякденному житті зумовив необхідність існування в правоохоронних органах працівників (аналітиків), які володіють спеціальними знаннями, необхідними для пошуку, обробки, аналізу, збереження та візуалізації інформації (накопиченої в обладнанні операторів стільникового зв'язку, мережі Інтернет, інтелектуальних відеокамерах, різноманітних месенджерів, сучасних платіжних системах і т.і.), що з'являється завдяки застосуванню людьми технологій, у формі, зручній для сприйняття осіб,

які компетентні приймати відповідні рішення в оперативно-розшуковій діяльності (далі ОРД) та кримінальному процесі.

Отже, прийняттю рішень у кримінальному процесі у багатьох випадках передують не оцінка результату проведення окремої слідчої дії у вигляді протоколу з додатками, а роз'яснення технічної інформації, що міститься у таких додатках з аналітичними висновками щодо питань, з'ясування яких необхідно в кримінальному провадженні.

У своїй діяльності аналітики використовують спеціальні аналітичні інструменти (IBMi2 Analyst's Notebook, ArcGIS, GoogleMap, різноманітні електронні таблиці та інші спеціальні програми) з обробки інформації та перетворення її у форму, прийнятну для розуміння та використання, що дозволяє економити час на (оброблення) даних та створення первинної візуалізації отриманої інформації, яка може досягати великих об'ємів, що зумовлює необхідність застосування вузькоспеціалізова-

них методик обробки та аналізу великих даних (BigData)¹.

Водночас все більша присутність аналітики в правозастосовній практиці не вплинула на її нормативно-правове регулювання в законодавстві, що регулює оперативно-розшукову діяльність та кримінальний процес.

Отже, роль аналітики у протидії кримінальним правопорушенням складно переоцінити, оскільки попит на такі послуги в діяльності правоохоронних органів повсякчас зростає, а ефективність використання результатів аналітичної роботи може стати тим компонентом, який визначить успішність проведених оперативно-розшукових заходів, слідчих (розшукових) чи негласних слідчих (розшукових) дій² та сприятиме посиленню гарантій прав людини в діяльності правоохоронних органів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Широкий спектр досліджуваної проблематики був висвітлений у науковій літературі, у працях таких науковців як: С.В.Албула, О.Ю.Бусол, Р.В.Білоуса, О.В.Власюка, І.М.Горбаньова, О.М.Заєць, К.Ю.Ісмайлова, О.Є.Користіна, В.І.Мельника, А.В.Мовчана, А.В.Махнюка, Д.Й.Никифорчука, В.А.Некрасова, М.А.Погорецького, Д.Б.Сергеевої, Г.К.Тетерятника, А.В.Холостенка, В.І.Школьнікова, І.А.Федчака та ін. У працях зазначених науковців увага в основному приділялася загальнотеоретичним питанням використання кримінального аналізу, ролі аналітика під час здійснення негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів. Однак за межами наведених та інших досліджень залишилися проблеми концептуального підходу до використання аналітичного висновку

при здійсненні оперативно-розшукових заходів і негласних слідчих (розшукових) дій під час виявлення й розкриття кримінальних правопорушень уповноваженими оперативними підрозділами та шляхів їх удосконалення у контексті сучасних змін до законодавства, відомчих інструкцій і наказів.

Метою статті є обґрунтування наукових пропозицій використання аналітичного висновку, складеного оперативними працівниками, для отримання фактичних даних, які можуть бути використані для прийняття рішень в оперативно-розшуковій діяльності та в кримінальному процесі, а також обґрунтування відповідних рекомендацій щодо змін і доповнень до чинного законодавства.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Головна мета аналітичної роботи, яку проводять працівники оперативних підрозділів, спрямована безпосередньо на аналітичну підтримку оперативного та кримінального провадження, а також налагодження механізмів моніторингу криміногенної ситуації, обміну інформацією тощо³.

Незважаючи на фактичне використання результатів аналітичної роботи як в оперативно-розшуковій діяльності (далі – ОРД), так і в кримінальному процесі, та її велике значення у розкритті тяжких та особливо тяжких злочинів, на сьогодні на законодавчому рівні цей термін не визначено, що спричиняє розбіжності у ході оцінки сторонами кримінального провадження правомірності процесуальних рішень, прийнятих за результатами аналітичної обробки масивів технічної інформації та належності здобутих доказів в результаті цієї роботи⁴.

¹ В І.Школьніков, Автоматизація процесів обробки й аналізу інформації з використанням програмного забезпечення. *Актуальні питання та перспективи розвитку кримінального аналізу в правоохоронній системі України*: матеріали міжвідом. наук.–практ. конф. (Київ, 11 серп. 2022 р.) (Київ, Нац. акад. внутр. справ, 2022) 191–193.

² В А.Некрасов, В І.Мельник, О Є.Користін, Розвідувальна аналітика в системі правоохоронних органів. 2019 <<https://site.ua/vyacheslav.kovtun/20419/>> дата звернення 07.05.2023.

³ О М Заєць, Інститут аналітичного супроводження досудового розслідування кримінального провадження в Україні: сучасний стан і перспективи розвитку (2016) 4 *Вісник кримінального судочинства* 17–25 <http://nbuv.gov.ua/UJRN/vkc_2016_4_4> дата звернення 07.05.2023.

⁴ Д Й Никифорчук, О Ю Бусол, Проведення аналізу оперативно-розшукової інформації: монографія (Київ, 2010) 165.

Тому вкрай необхідно на доктринальному рівні визначити поняття та зміст аналітичного висновку під час проведення оперативно-розшукових заходів, слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, а також обґрунтувати доцільність формулювання на цій основі пропозицій до нормативно-правових актів щодо його використання в практиці.

Слід зазначити, що в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» немає чіткого переліку оперативно-розшукових заходів. В ст. 8 цього Закону визначені лише права оперативних підрозділів на проведення оперативно-розшукових заходів (далі – ОРЗ). Проте із цієї статті не можна чітко визначити їх перелік. У нормативно-правових актах з обмеженим доступом дається різний їх перелік, що ускладнює прокурорський нагляд та судовий контроль за їх проведенням. На доктринальному рівні система оперативно-розшукових заходів та їх класифікації визначаються про різному¹, що ускладнює наукову розробку проблем використання аналітичного висновку, складеного оперативними працівниками, для отримання фактичних даних, які можуть бути використані для прийняття рішень в оперативно-розшуковій діяльності та в кримінальному процесі, а також обґрунтування відповідних рекомендацій щодо змін і доповнень до чинного законодавства.

Відомо, що аналіз інформації залежить від ретельного порівняння поточного злочину з минулим злочином. За допомогою цього методу аналітик виявляє закономірності та тенденції. Таким чином, процес аналізу ґрунтується на використанні продуманого, послідовного методу класифікації та категоризації.

В процесі документування кримі-

нальних правопорушень в ході оперативно-розшукової діяльності шляхом проведення низки оперативно-розшукових заходів чи під час досудового розслідування в ході проведення комплексу слідчих (розшукових) дій чи негласних слідчих (розшукових) дій забезпечується збір інформації про причетність особи або групи осіб, у тому числі невстановлених, до підготовки вчинення злочину, інші обставини та відомості, що мають значення для попередження і припинення злочину чи його розкриття у тому числі й для використання її для отримання фактичних даних, що можуть бути використані як докази у суді.

Наразі існує багато джерел розрізної інформації, що аналізується автономно співробітниками різних підрозділів правоохоронних органів в процесі інформаційно-аналітичного забезпечення, основними завданнями якого є надання можливості оперативного одержання інформації в повному, систематизованому і зручному для використання вигляді для розкриття, розслідування, попередження злочинів та розшуку злочинців; аналітичне супроводження розробок за оперативно-розшуковими справами та досудового розслідування тощо². В правоохоронних органах України існує багато джерел розрізної інформації, яка аналізується автономно співробітниками різних служб³.

Тому одним з основних чинників, що свідчить про ефективність здійснення протидії кримінальним правопорушенням є рівень системи накопичення, концентрації та використання різної інтегрованої оперативно-розшукової інформації в оперативному та кримінальному провадженні⁴.

¹ М А Погорецький, Оперативно-розшукові заходи: проблеми правового регулювання (2007) 14 *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 135–145; М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2007) 576.

² Основи кримінального аналізу: посіб. з елементами тренінгу / О Є Користін, С В. Албул, А В Холостенко та ін. (Одеса, ОДУВС, 2016) 112.

³ А В Мовчан, Інформаційно-аналітична робота в оперативно-розшуковій діяльності Національної поліції: навч. посібник (Львів, 2017) 244; І А Федчак, Основи кримінального аналізу: навчальний посібник (Львів, Львівський державний університет внутрішніх справ, 2021) 288.

⁴ Р В Білоус, В І Василичук, Система, порядок організації та проведення оперативного кримінального аналізу у протидії кримінальним правопорушенням. *Правові та організаційно-тактичні засади опера-*

Незважаючи на фактичне використання результатів аналітичної роботи як в ОРД, так і в кримінальному процесі, та її велике значення у розкритті особливо тяжких злочинів, на сьогодні на законодавчому рівні цей термін не визначено, що спричиняє розбіжності у ході оцінки сторонами кримінального провадження правомірності процесуальних рішень, прийнятих за результатами аналітичної обробки масивів технічної інформації та належності здобутих в результаті цієї роботи доказів.

Розповсюдженим прикладом застосування аналітики є довідки, які оперативні працівники надають прокурорам та суддям для оцінювання матеріалів ОРД щодо наявності підстав для погодження проведення оперативно-розшукового заходу (далі ОРЗ), або слідчим у відповідь на доручення для аргументації прокурору та слідчому-судді необхідності проведення окремих слідчих дій¹.

У таких довідках результати аналізу раніше отриманого масиву інформації, проведеного за допомогою різних аналітичних інструментів, фактично перетворюються в аналітичний висновок, в якому обов'язково є посилання на джерела досліджуваної інформації та логічне пояснення досліджуваних обставин, які на розсуд аналітиків обумовлюють необхідність проведення інших ОРЗ, слідчих дій або дають відповіді на питання, які підлягають перевірці під час здійснення ОРД або розслідуванні кримінального правопорушення.

Розповсюдженими є випадки, коли для отримання необхідного результату аналіз матеріалів виходить за межі проведення окремого ОРЗ або слідчої дії та здійснюється із використанням інформації з інших джерел (інших ОРЗ та слідчих (розшукових) дій, баз даних, обліків,

реєстрів, відкритих даних в мережі Інтернет), які доцільно використовувати у кожному окремому випадку відповідно до компетенції кримінального аналітика.

Отже, розвідувальна аналітика, як слушно зазначають фахівці, – це процес, що передбачає планування та спрямування, збір, оцінку, зіставлення, аналіз, розповсюдження та повторне оцінювання інформації².

Результатом аналітичної роботи є висновок та рекомендації, які створюються в електронному або письмовому вигляді, з обов'язковим зазначенням використаних аналітичних інструментів, баз даних, ухвал слідчого-судді, судді апеляційного суду, дозволів прокурора або слідчого, якщо досліджувана інформація отримана в результаті проведення оперативно-розшукових заходів, слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій.

На підставі оформленого у справі оперативного провадження аналітичного висновку за результатами перевірки отриманої інформації зручно аргументувати рішення щодо: спростування інформації; необхідності здійснення подальшої перевірки із застосуванням заходів ОРД, проведення яких потребує дозволу суду; інформування органів державної влади, інших підрозділів, що здійснюють ОРД, правоохоронних органів іноземних держав відповідно до змісту отриманої інформації; інформування прокурора для внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Існує багато практичних прикладів, коли слідчі та прокурори складали обвинувальні акти, посилаючись на висновки саме кримінальних аналітиків, в яких компілювалися результати аналізу, проведеного за допомогою різних аналітичних інструментів. В таких висновках поряд з аналізом та аналітичними

тивно-розшукової діяльності Національної поліції України: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет конференції (м. Одеса, 30 жовтня 2020 р.) (Одеса, ОДУВС, 2020) 16–18.

¹ Інструкція з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні: затв. наказом МВС від 07.07.2017 № 575 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0937-17#Text7>> дата звернення 07.05.2023.

² В А Некрасов, В І Мельник, О Є Користін, Розвідувальна аналітика в системі правоохоронних органів. 2019 <<https://site.ua/vyacheslav.kovtun/20419/>> дата звернення 07.05.2023.

висновками обов'язково вказувалися посилання на ідентифікатори проведення слідчої дії, за матеріалами якої такий аналіз здійснювався (номер доручення слідчого, прокурора, ухвали суду, протоколу за результатами проведення ОРЗ або негласних слідчих (розшукових) дій тощо). 78% опитуваних нами слідчих, детективів і прокурорів підтвердили, що аналітичні висновки працівників-аналітиків оперативно-розшукових підрозділів, використовувалися ними для обґрунтування ними процесуальних рішень, а 86% респондентів вважають, що використання аналітичних висновків потребує правового врегулювання¹.

Водночас питання щодо оформлення результатів використання аналітичних інструментів ОРД у кримінальних провадженнях та їх місця в системі доказування є дискусійним².

На практиці результати аналізу матеріалів проведення слідчих (розшукових) дій, зафіксованих у протоколах та їх додатках, з'являються у кримінальному провадженні як відповідь оперативного підрозділу на доручення слідчого щодо здійснення аналітичного відпрацювання інформації, що міститься на певному носії інформації, наприклад CD-R диску, одержаному в результаті проведення тимчасового доступу до речей і документів оператора стільникового зв'язку, або

флешці з відеоматеріалами, отриманими у результаті обшуку домоволодіння.

Відповідно до пункту 3 частини 2 статті 40 КПК слідчий уповноважений доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам шляхом винесення процесуального документа – доручення, а оперативний підрозділ відповідно до статті 41 КПК зобов'язаний їх виконувати. При цьому у главах 20 та 21 КПК України наданий вичерпний перелік слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій. Щодо переліку слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, то в науці кримінального процесу існують різні доктринальні підходи³, а такий термін як аналітичне відпрацювання матеріалів є заходом забезпечення оперативного та кримінального провадження, нормативно не визначений як в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність»⁴, так і в КПК України⁵. Слід при цьому зазначити, що виконання працівниками оперативних підрозділів доручень слідчого⁶, а також обмін між ними оперативно-розшуковою чи процесуальною інформацією є відповідними формами їх взаємодії⁷, що виникає в процесі їх правовідносин⁸.

Особливо цінним аналітичний висновок є на початковому етапі досу-

¹ В ході проведеного дослідження нами здійснено опитування за спеціальною анкетю 356 працівників оперативних підрозділів, слідчих, детективів і прокурорів.

² М А Погорецький, Проблеми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі: монографія (Київ, РВВ НА СБУ, 2004) 336.; М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2007) 576.; М А Погорецький, Оперативно-розшукова діяльність і кримінальний процес: проблеми взаємозв'язку: монографія: у 2 ч. Ч. 1 (Луганськ, Луганський держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О.Дідоренка, 2008) 216.

³ М А Погорецький, Слідчі дії: поняття і класифікація (2008) 1 *Наук. вісник Київського нац. ун-ту внутр. справ* 142–148; М А Погорецький, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні (2013) 1 *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 270–277; М А Погорецький, Д Б Сергеева, Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність і співвідношення (2014) 2 (33) *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 137–141.

⁴ Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 р. № 2135-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>> дата звернення 07.05.2023.

⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI (2013) 9–10; 11–12; 13 *Відомості Верховної Ради України* Ст. 88.

⁶ М А Погорецький, Межі доручень слідчого органу дізнання про проведення оперативно-розшукових заходів (2000) 9 *Право України* 47–49.

⁷ М А Погорецький, Взаимодействие следователя и органа дознания в процессе расследования преступлений (2000) 1(13) *Весы Фемиды*. Симферополь 13–17.

⁸ М А Погорецький, Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2002) 160.

дового розслідування¹, у тому числі й кримінальних проваджень щодо терористичних актів² та інших тяжких злочинів, що в умовах воєнного стану є надзвичайно актуальним.

Отже, у дорученнях про аналітичне відпрацювання інформації слідчі фактично вимушені виходити за межі своїх повноважень, адже питання проведення аналітичного відпрацьовування на сьогодні законодавчо не врегульовано.

Разом з тим без використання аналітичного відпрацювання великого масиву технічних даних слідчі, прокурори та слідчі-судді не в змозі отримати скомпонувану, зручну для сприйняття інформацію, відокремлену від залишку, що не має значення у кримінальному провадженні.

Існування в КПК положень ст. 71, які регламентують залучення до кримінального провадження спеціаліста – особи, яка володіє спеціальними знаннями та навичками, та може надавати технічну допомогу у формі консультацій, пояснень, довідок або висновків, на практиці вказану проблему не вирішує, переважно через відсутність чітких критеріїв до терміну «спеціаліст» та документів, що підтверджують відповідну кваліфікацію особи у специфічних та різносторонніх галузях знань.

У зв'язку з тим, що у главі 20 КПК України відсутні такі види слідчих (розшукових) дій як аналітичне відпрацювання матеріалів, виконання вказаних доручень слідчих та складання відповідного протоколу не є можливим.

Однак, за відсутності в КПК таких слідчих (розшукових) дій як аналітичне відпрацювання матеріалів слідчі у дорученнях оперативним підрозділам змушені звертатись до не передбачених законодавством термінологічних конструкцій, наприклад «шляхом проведення огляду здійснити аналіз» «провести аналіз ...

та скласти довідку» тощо. Така практика набуває все більшого поширення в останні роки та потребує правового врегулювання. У низці архівних кримінальних проваджень³ зустрічаються випадки обґрунтованих зауважень захисників підозрюваних та обвинувачених щодо непередбачуваності в чинному КПК норми, яка б давала можливість слідчим доручати оперативним підрозділам («шляхом проведення огляду здійснити аналіз» тих чи інших обставин, які мають значення для кримінального провадження. Такі зауваження захисників є обґрунтованими, оскільки в п. 3, ч. 2, ст. 40 вказано, що слідчий лише уповноважений доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам.

Ураховуючи викладене вище, у разі використання таких матеріалів суд може визнати доказ, отриманий за результатами аналітичного огляду оперативними працівниками, недопустимим, оскільки такий доказ отриманий не в порядку, передбаченому КПК України.

При цьому слід враховувати, що залучення працівників оперативних підрозділів в якості спеціалістів може не відповідати загальним правилам залучення спеціаліста, оскільки останні можуть бути суб'єктом доказування у кримінальному провадженні (у випадку надання доручень в порядку ст. 40, 41 КПК України). Крім того, вони перебувають у службовій залежності від сторони обвинувачення (слідчий прокурор може надавати обов'язкові для виконання письмові доручення). Також не у всіх працівників оперативних підрозділів, які залучаються в якості спеціалістів, наявна фахова вища освіта у галузі конкретних сфер діяльності, що може поставити під сумнів їх компетентність, незважаючи на досвід роботи та напрям діяльності.

¹ М А Погорецький, Початок досудового розслідування: окремі проблемні питання (2015) 1 *Вісник кримінального судочинства* 93–103.

² М А Погорецький, М О Ленко, Д Б Сергеева, Процесуальні та криміналістичні засади початкового етапу розслідування терористичних актів, вчинених з використанням саморобного вибухового пристрою: монографія / за ред. М А Погорецького (Київ, Алерта, 2014) 300.

³ В ході проведеного дослідження нами проаналізовано 256 кримінальних проваджень.

У теорії ОРД та кримінального процесу глибоко на високому доктринальному рівні досліджені проблеми використання результатів ОРД у кримінальному процесі за різними напрямками, у тому числі й для у доказуванні¹. Більшість із цих проблем знайшли своє законодавче вирішення. Проте проблеми використання результатів аналітичної роботи як в ОРД, так і в кримінальному процесі залишаються не вирішеними.

Отже, на сьогодні констатуємо наявність проблеми використання результатів аналітичної роботи як в ОРД, так і в кримінальному процесі, вирішення якої можливо виключно шляхом внесення змін до чинного законодавства, що регулює вказані сфери діяльності.

Аналітичний висновок, на наш погляд, може бути використаний у доказуванні через такий вид доказів як документ², оскільки аналітичний висновок, в разі його правильного й повного оформлення, може відповідати усім властивостям документа як виду доказу у кримінальному провадженні (ч. 2 ст. 84 КПК).

У підсумку маємо звернути увагу на те, що аналітичною роботою підрозділів, уповноважених здійснювати ОРД, є інтелектуальна операція з обробки даних, накопичених в інформаційних ресурсах вказаних підрозділів, а аналітичний висновок – логічний підсумок результатів аналітичного дослідження, який створюється в електронному або письмовому вигляді, з обов'язковим зазначенням використаних аналітичних інструментів і який ґрунтується на основі аналізу інформації.

Висновки. Враховуючи важливість аналітичного висновку, складеного оперативними працівниками-аналітиками, за результатами оперативно-розшукової діяльності, для підвищення ефективнос-

ті кримінального судочинства та захисту прав і законних інтересів учасників кримінального процесу, вважаємо доцільним внести пропозиції до чинного законодавства щодо можливості використання його в оперативно-розшуковій діяльності та кримінальному процесі, зокрема:

1. Доповнити п. 2, ч. 1 ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» положення про виконання доручень слідчого і прокурора про складання аналітичного висновку, виклавши його в такій редакції: «п. 2) виконувати письмові доручення слідчого, вказівки прокурора та ухвали слідчого судді суду і запити повноважних державних органів, установ та організацій про проведення оперативно-розшукових заходів, слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, а також про складання аналітичного висновку безпосередньо проводити або ініціювати проведення кримінального аналізу, а також здійснювати аналітичний аналіз матеріалів оперативно-розшукової діяльності, за результатами якого складала аналітичний висновок;».

2. Доповнити п. 21, ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» положення про аналітичний висновок, виклавши його в такій редакції «21) слідчого та прокурора доручати оперативним підрозділам здійснювати аналітичний аналіз матеріалів оперативно-розшукової діяльності та негласних слідчих (розшукових) дій і за його результатами складати відповідні аналітичні висновки;».

3. Доповнити п. 3, ч. 2, ст. 40 Кримінального процесуального кодексу України положення про розширення повноважень слідчого щодо доручень оперативному підрозділу проведення оперативно-розшукових заходів по припиненні кримінальним провадженням,

¹ М А Погорецький, Проблеми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі: монографія (Київ, РВВ НА СБУ, 2004) 336.; М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2007) 576.; М А Погорецький, Оперативно-розшукова діяльність і кримінальний процес: проблеми взаємозв'язку: монографія: у 2 ч. Ч. 1 (Луганськ, Луганський держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка, 2008) 216.

² М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2007) 280–286; М А Погорецький, Документ в оперативно-розшуковій діяльності. *Міжнародна поліцейська енциклопедія*: у 10 т. Т. VI: Оперативно-розшукова діяльність поліції (міліції) (Київ, Атіка, 2010) 223–225.

а також щодо надання їм доручень на проведення аналізу інформації що міститься в оперативно-розшукових справах та негласних слідчих (розшукових) діях та складання відповідних аналітичних висновків, виклавши п. 3, ч. 2, ст. 40 КПК України в такій редакції: «п.3) доручати відповідним оперативним підрозділам проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а також оперативно-розшукових заходів по призупиненні кримінальних проваджень та проводити аналіз інформації, що міститься в оперативно-розшукових справах і негласних слідчих (розшукових) діях, та складати аналітичні висновки, які можуть бути використані у кримінальному провадженні;».

4. Доповнити п. 5, ч. 2, ст. 36 Кримінального процесуального кодексу України положення про розширення повноважень прокурора щодо доручень

оперативному підрозділу на проведення аналізу інформації що міститься в оперативно-розшукових справах та негласних слідчих (розшукових) діях та складання відповідних аналітичних висновків, виклавши п. 5, ч. 2, ст. 36 КПК України в такій редакції: «п. 5) доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а також проведення аналізу інформації, що міститься в оперативно-розшукових справах та негласних слідчих (розшукових) діях і складати аналітичні висновки відповідним оперативним підрозділам;».

Аналітичний висновок може бути використаний у доказуванні через такий вид доказів як документ, оскільки аналітичний висновок, в разі його правильного й повного оформлення, може відповідати усім властивостям документа як виду доказів у кримінальному провадженні (ч. 2 ст. 84 КПК).

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Instruksiiia z orhanizatsii vzaiemodii orhaniv dosudovoho rozsliduvannia z inshymy orhanamy ta pidrozdilamy Natsionalnoi politzii Ukrainy v zapobihanni kryminalnym pravoporushenniam, yikh vyjavlenni ta rozsliduvanni [Instructions on the organization of cooperation of pretrial investigation bodies with other bodies and units of the National Police of Ukraine in the prevention of criminal offenses, their detection and investigation] zatv. nakazom MVS vid 07.07.2017 № 575 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0937-17#Text7>> data zvernennia 07.05.2023 [in Ukrainian].

2. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Criminal Procedure Code of Ukraine] Zakon Ukrainy vid 13.04.2012 r. № 4651-VI (2013) 9–10; 11–12; 13 *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy* St. 88 [in Ukrainian].

3. Pro operatyvno-rozshukovu diialnist [On operational and investigative activity] Zakon Ukrainy vid 18.02.1992 r. № 2135-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>> data zvernennia 07.05.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

BOOKS

4. Movchan A V, *Informatsiino-analitychna robota v operatyvno-rozshukovii diialnosti Natsionalnoi politzii* [Information and analytical work in operational and investigative activities of the National Police] (Lviv, 2017) 244 [in Ukrainian].

5. Nykyforchuk D Y, Busol O Yu, *Provedennia analizu operatyvno-rozshukovoi informatsii* [Conducting an analysis of operational intelligence] (Kyiv, 2010) 165 [in Ukrainian].

6. *Osnovy kryminalnoho analizu* [Fundamentals of criminal analysis] / O Ye Korystin, S V. Albul, A V Kholostenko ta in. (Odesa, ODUVS, 2016) 112 [in Ukrainian].

7. Pohoretskyi M A, *Kryminalno-protsesualni pravovidnosyny: struktura i systema* [Criminal procedural legal relations: structure and system] (Kharkiv, Arsis LTD, 2002) 160 [in Ukrainian].

8. Pohoretskyi M A, *Problemy vykorystannia materialiv operatyvno-rozshukovoi diialnosti v kryminalnomu protsesi* [Problems of the use of materials of operational and investigative activities in the criminal process] (Kyiv, RVV NA SBU, 2004) 336 [in Ukrainian].

9. Pohoretskyi M A, *Funktionalne pryznachennia operatyvno-rozshukovoi diialnosti u kryminalnomu protsesi* [The functional purpose of investigative activity in the criminal process] (Kharkiv, Arsis LTD, 2007) 576 [in Ukrainian].
10. Pohoretskyi M A, *Operatyvno-rozshukova diialnist i kryminalnyi protses: problemy vzaimeozv'iazku* [Operative investigative activity and the criminal process: problems of interconnection] (Luhansk, Luhanskyi derzh. un-t vnutr. sprav im. E. O. Didorenka, 2008) 216 [in Ukrainian].
11. Pohoretskyi M A, Lenko M O, Serhieieva D B, *Protsesualni ta kryminalistychni zasady pochatkovoho etapu rozsliduvannia terorystychnykh aktiv, vchynenykh z vykorystanniam samorobnoho vybukhovoho prystroiu* [Procedural and forensic principles of the initial stage of the investigation of terrorist acts committed with the use of an improvised explosive device] / za red. M A Pohoretskoho (Kyiv, Alerta, 2014) 300 [in Ukrainian].
12. Fedchak I A, *Osnovy kryminalnoho analizu* [Fundamentals of criminal analysis] (Lviv, Lvivskyi derzhavnyi universytet vnutrishnikh sprav, 2021) 288 [in Ukrainian].

ARTICLES

13. Pohoretskyi M A, Mezhi doruchen slidchoho orhanu diznannia pro provedennia operatyvno-rozshukovykh zakhodiv [The limits of the mandate of the investigative body to inquire about the implementation of operative and investigative measures] (2000) 9 *Pravo Ukrainy* 47–49 [in Ukrainian].
14. Pohoretskyi M A, Vzaymodeistvye sledovatelya y orhana doznanyia v protsesse rassledovanyia prestuplenyi [Interaction of the investigator and the investigating body in the process of investigating the criminal] (2000) 1(13) *Vesi Femydii* 13–17 [in Russian].
15. Pohoretskyi M A, Operatyvno-rozshukovi zakhody: problemy pravovoho rehuliuвання [Operative and investigative measures: problems of legal regulation] (2007) 14 *Borotba z orhanizovanoiu zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 135–145 [in Ukrainian].
16. Pohoretskyi M A, Slidchi dii: poniattia i klasyfikatsiia [Investigative actions: concepts and classification] (2008) 1 *Nauk. visnyk Kyivskoho nats. un-tu vnutr. sprav* 142–148 [in Ukrainian].
17. Pohoretskyi M A, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii: problemy provadzhenia ta vykorystannia rezultativ u dokazuvanni [Covert investigative (search) actions: problems of proceedings and use of results in evidence] (2013) 1 *Yurydychnyi chasopys Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav* 270–277 [in Ukrainian].
18. Pohoretskyi M A, Serhieieva D B, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii ta operatyvno-rozshukovi zakhody: poniattia, sutnist i spivvidnoshennia [Secret investigative (search) actions and operative-search measures: concept, essence and relationship] (2014) 2 (33) *Borotba z orhanizovanoiu zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 137–141 [in Ukrainian].
19. Pohoretskyi M A, Pochatok dosudovoho rozsliduvannia: okremi problemni pytannia [The beginning of the pre-trial investigation: some problematic issues] (2015) 1 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 93–103 [in Ukrainian].
20. Zaiets O M, Instytut analitychnoho suprovodzhennia dosudovoho rozsliduvannia kryminalnoho provadzhenia v Ukraini: suchasnyi stan i perspektyvy rozvytku [Institute of Analytical Support of Pretrial Investigation of Criminal Proceedings in Ukraine: Current Status and Development Prospects] (2016) 4 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 17–25 <http://nbuv.gov.ua/UJRN/vkc_2016_4_4> data zvernennia 07.05.2023 [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

21. Bilous R V, Vasylynchuk V I, Systema, poriadok orhanizatsii ta provedennia operatyvnoho kryminalnoho analizu u protydii kryminalnym pravoporushenniam [System, order of organization and implementation of operational criminal analysis in combating criminal offences] *Pravovi ta orhanizatsiino-taktychni zasady operatyvno-rozshukovoi diialnosti Natsionalnoi politsii Ukrainy: materialy Vseukrainskoi nauko-vo-praktychnoi internet konferentsii* (m. Odesa, 30 zhovtnia 2020 r.) (Odesa, ODUVS, 2020) 16–18 [in Ukrainian].
22. Shkolnikov V I, Avtomatyzatsiia protsesiv obrobky y analizu informatsii z vykorystanniam prohramnoho zabezpechennia [Automation of information processing and analysis processes using software] *Aktualni pytannia ta perspektyvy rozvytku kryminalnoho analizu v pravookhoronni systemi Ukrainy: materialy mizhvidom. nauk.–prakt. konf.* (Kyiv, 11 serp. 2022 r.) (Kyiv, Nats. akad. vnutr. sprav, 2022) 191–193 [in Ukrainian].

WEBSITES

23. Nekrasov V A, Melnyk V I, Korystin O Ye, Rozvidualna analytika v systemi pravookhoronnykh orhaniv [Korystin O E, Intelligence analytics in the system of law enforcement agencies] 2019 <<https://site.ua/vyacheslav.kovtun/20419/>> data zvernennia 07.05.2023 [in Ukrainian].

Vasylynczuk V. I.,
*Doctor of Law, Professor,
Professor of the Department
of Operative-Search Activity
National Academy of Internal Affairs,
Honored Lawyer of Ukraine
ORCID 0000-0001-5415-8450*

Pohoretskyi M. M.,
*Candidate of legal sciences,
Senior scientific researcher
Associate Professor of the Department of
Criminal law and criminology of the
National Academy of the Security Service
of Ukraine
ORCID ID: 0000-0003-2888-0911*

Tikhonov S. V.,
*PhD, Head of the Department of
Operative-Search Activity,
National Academy of Internal Affairs
ORCID ID: 0000-0002-8100-1587*

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/8-18>

ANALITICAL SUMMURY IN OPERATIONAL-SEARCH ACTIVITY AND CRIMINAL PROCEEDING

Abstract. *In the article was researched specific problems of using results of the analytical work during operational-search actions and also in criminal process, the solution of which is possible only by making changes to the current legislations that regulates mentioned spheres.*

The goal of the article is to create and propose some recommendations, changes and additions to legislation acts with improvement and using of analytical conclusion in operational-search activity and criminal process.

The result of the analytical work is a conclusion and recommendations, that are created in digital or written form with obligatory mention of used analytical instruments, databases, resolutions of investigative judge, appeal court judge, prosecutor's or investigator's permission if investigated information is gained as the result of operational-search measures, investigative (search) and other processual actions.

As the result of the research was formulated and proved that analytical conclusion could be used like other materials could be used: as a cause to start pretrial investigation of criminal offences; as evidence in criminal proceedings; as prophylactic, detection, investigation of criminal offences; as a cause to decision-making about implementing of operational-search measures, investigative (search) and other processual actions; to mutual inform of units that are implementing operational-search measures and other legislative units; to inform governmental bodies according to their competence; to inform international legislative bodies, foreign states according to the programs of international cooperation.

Was proved that besides protocols about implementing of operational-search measures, investigative (search) and results of covert cooperation should be considered as evidence in criminal proceedings.

Key words: *analytical conclusion, analytical work, operational-search actions, operational units, operational-search measures, operational proceedings, investigative (search) actions, covert investigative (search) actions, criminal process.*

Дрозд В. Г.,
доктор юридичних наук, професор,
начальник відділу Державного
науково-дослідного інституту
Міністерства внутрішніх справ України,
заслужений юрист України
ORCID ID: 0000–0002–7687–7138

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/19-25>

УДК 343.13

КРИМІНАЛІСТИЧНІ ЗАСАДИ ТАКТИКИ ДОПИТУ ОСОБИ, ПОТЕРПІЛОЇ ВІД ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА

Анотація. У статті проаналізовано криміналістичні засади тактики допиту особи, потерпілої від домашнього насильства, та наведено пропозиції щодо оптимізації відповідного процесу у формі рекомендацій.

Доводиться важливість проведення якомога більш якісних слідчих (розшукових) дій у досудовому розслідуванні кримінальних правопорушень насильницького змісту загалом, а також домашнього насильства, як одного з найбільш небезпечних видів протиправної поведінки зокрема. Крім цього, звертається увага на те, що допит, серед інших слідчих (розшукових) дій є найбільш функціонально застосовною та універсальною слідчою (розшуковою) дією, що дозволяє встановити та деталізувати широкий спектр інформації про кримінальне правопорушення та відповідного суб'єкта його вчинення.

Метою статті є аналіз існуючих у науці засад криміналістичної тактики допиту особи потерпілої від домашнього насильства. Це в свою чергу зумовлює необхідність розв'язання таких дослідницьких завдань, як: 1. Окреслення термінологічної складової тематики наукової статті; 2. Деталізації існуючих уявлень про тактику допиту осіб потерпілих від домашнього насильства з виокремленням найбільш застарілих із них; 3. Визначення сучасних тенденцій у засадах криміналістичної тактики проведення допиту особи потерпілої від домашнього насильства та винесення на обговорення пропозицій щодо шляхів оптимізації функціонування відповідного інституту.

Перспектива подальшого наукового розвитку відповідної тематики полягає в необхідності дослідження криміналістичної тактики допиту інших осіб-учасників кримінального провадження щодо домашнього насильства.

Ключові слова: криміналістика, кримінальний процес, насильство, досудове розслідування, домашнє насильство, тактика допиту, європейська інтеграція.

Постановка проблеми. Права і свободи людини і громадянина спрямовують зміст і сутність державної політики та вектор діяльності всіх без виключення органів державної влади. Такі засади демократичного устрою наскрізь пронизують

всю правову структуру суспільства, що в свою чергу дозволяє розбудовувати демократичні цінності на території України та надалі інтегрувати їх у функціонування держави загалом.

Водночас, слід звернути увагу, що наразі не всі інститути та органи су-

спільства повною мірою функціонують, на досягнення окреслених цілей, що, на нашу думку, є критичним у контексті протидії російській агресії та становлення й прогресії правової державності в Україні загалом. Так, наприклад, певного доопрацювання потребує інститут досудового розслідування домашнього насильства, оскільки зазначені правовідносини найбільш незахищені, а процеси пов'язані з доказуванням вини кривдника потребують оновлення крізь призму та за допомогою інструментів науки криміналістики.

Серед кола інструментів доказування, на нашу думку, найбільш результативним з точки зору ефективного збору доказової інформації є допит, як форма отримання даних, а також як одна з багатьох (й найбільш розповсюджена) слідча (розшукова) дія.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Допиту як процесуальному порядку певних дій і криміналістичній формі тактики отримання доказової інформації приділено в науці значну частину уваги, що безперечно позитивно впливає на процеси, пов'язані з додатковим опрацюванням даної тематики, проте, враховуючи, що допит як спосіб отримання доказової інформації в досудовому розслідуванні саме домашнього насильства має свої особливості, що в умовах динамічності правової системи потребує своєчасного оновлення основ і поглядів на криміналістичну методику проведення відповідної слідчої (розшукової) дії. Як зазначено попередньо, слушно буде зауважити, що тематичі допиту крізь призму наук криміналістики та кримінального процесу присвятили свої праці такі вітчизняні дослідники як: Ботнарєнко І., Гловюк І., Малиновська Т., Погорєцький М., Романцова С., Д.Сергєєва, Татаров О., Удалова Л., Устрицька Н., Цуцкїрїдзе М. Чернявський С. та інші, проте, як і зазначалось попередньо – активні бойові дії на території

України, що значно підвищують кількість вчинюваних домашніх насильств, загальне збільшення рівня злочинності, а також євроінтеграційні процеси та гармонізація національного законодавства з Європейським потребують нових наукових пошуків у вказаній тематиці.

Метою статті є аналіз існуючих у науці засад криміналістичної тактики допиту особи потерпілої від домашнього насильства. Це в свою чергу зумовлює необхідність розв'язання таких дослідницьких завдань, як: 1. Окреслення термінологічної складової тематики наукової статті; 2. Деталізації існуючих уявлень про тактику допиту осіб потерпілих від домашнього насильства з виокремленням найбільш застарілих із них; 3. Визначення сучасних тенденцій у засадах криміналістичної тактики проведення допиту особи потерпілої від домашнього насильства та винесення на обговорення пропозицій щодо шляхів оптимізації функціонування відповідного інституту.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Кримінальним кодексом України визначається відповідальність за вчинення умисного систематичного фізичного, психологічного або економічного насильства щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, що призводить до фізичних або психологічних страждань, розладів здоров'я, втрати працездатності, емоційної залежності або погіршення якості життя потерпілої особи¹. Відповідно, виокремлення зазначеного протиправного діяння в окремий склад кримінального правопорушення в структурі кримінального закону, свідчить про надзвичайно високу важливість забезпечення ефективної кримінально-правової охорони правовідносин в указаній сфері.

Серед слідчих дій, які застосовуються при розслідуванні цієї категорії кримінальних проваджень, важливого значен-

¹ Кримінальний кодекс України: закон України від 05 квітня 2001 року № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> дата звернення 14.04.2023.

ня набуває допит¹ потерпілих свідків, підозрюваних. Тому важливість оновлення наукових положень щодо тактики проведення допиту особи потерпілої від домашнього насильства, також обґрунтовується тим, що дедалі поширюється практика визнання доказів недопустимими в процесі судового розгляду зібраних на стадії досудового розслідування матеріалів, що відповідно потребує оптимізації функціонування всіх інститутів кримінального процесу, про що зазначалось авторкою в попередніх дослідженнях², одночасно з обґрунтуванням низки проблемних питань здійснення досудового розслідування в умовах розв'язаної російською стороною війни проти Українського народу та державності³.

Проблемні питання криміналістичної тактики⁴ та початкового етапу розслідування⁵, допиту як одного із основних засобів доказування⁶, були предметом низки вітчизняних авторів, проте власне питання тактики допиту особи потерпілої від домашнього насильства і, зокрема, на початковому етапі розслідування, має свої особливості, які обумовлюються характером відносини між потерпілим від насильства та слідчим.

Дослідники обґрунтовано вказують, що відносини між потерпілим від насильства та слідчим характеризуються тим, що організаційну роль виконує слідчий як особа, відповідальна за роз-

слідування злочину, й котра формує криміналістичну характеристику на різних стадіях розслідування (відкритті кримінального провадження, початковому чи наступному етапах розслідування) в усній або письмовій формі, однак відсутність методологічних основ або окремих науково-практичних рекомендацій з означеної проблематики спричиняє проблеми під час роботи із зазначеною категорією кримінальних проваджень⁷, що підтверджує необхідність оптимізації як усього процесу здійснення досудового розслідування відповідного протиправного діяння, так і відповідно процедури проведення допиту особи потерпілої від домашнього насильства.

Зважаючи на загальні тактичні завдання розслідування будь-якого кримінального правопорушення, авторитетні дослідники наголошують, що саме на початковому етапі розслідування домашнього насильства слідчий: з'ясовує та перевіряє первинну інформацію про факт домашнього насильства; виявляє, закріплює та зберігає сліди злочину; установлює потерпілих і свідків; реєструє заяву та вносить її до ЄРДР; по змозі проводить огляд місця події та висуває первинні слідчі версії; визначає форми і прийоми взаємодії з оперативними службами та відповідними організаціями, а також залучає спеціалістів; складає план розслідування⁸.

¹ М А Погорецький, Слідчі дії: поняття і класифікація (2008) 1 *Наук. вісник Київського нац. ун-ту внутр. справ* 142–148.

² Визнання доказів недопустимими в кримінальному провадженні: аналіз слідчої практики крізь призму судових рішень: монографія / В Г Дрозд, В В Бурлака, Л В Гаврилюк та ін.; Харків. нац. ун-т внутр. справ; Держ. наук.-досл. ін-т. (Київ, 7БЦ, 2021) 420.

³ V Drozd, M Tsutskiridze, V Burlaka, M Romanov, & M Pohoretskyi, Considerations on the reform of Ukraine's wartime criminal justice system: Consideraciones sobre la reforma del sistema de justicia penal de Ucrania en tiempos de Guerra (2022) 40 (74) *Cuestiones Políticas* 779–803 <<https://doi.org/10.46398/cuestpol.4074.43>> accessed 14.04.2023.

⁴ М А Погорецький, Д Б Сергеева, Криміналістична тактика: щодо визначення поняття (2012) 1 (5) *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»* <<http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/p1/12pmsvr.pdf>> дата звернення 14.04.2023.

⁵ М А Погорецький, Початок досудового розслідування: окремі проблемні питання (2015) 1 *Вісник кримінального судочинства* 93–103.

⁶ М А Погорецький, Нова концепція кримінального процесуального доказування (2015) 3 *Вісник кримінального судочинства України* 63–79.

⁷ Кваліфікація та основи методики розслідування домашнього насильства: навчальний посібник / С Романцова, Н Устрицька, І Гловюк та ін.; за ред. І Гловюк, Н Лашук, С Романцової (Львів, Львівський державний університет внутрішніх справ, 2022) 404.

⁸ І А Ботнарєнко, Домашнє насильство: початковий етап розслідування (2021) 2 (36) *Криміналістичний вісник* <<http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/20747/1/8.pdf>> дата звернення 14.04.2023.

Із значеного кола процесуальних і слідчих дій котрі має прийняти (провести) слідчий у процесі здійснення досудового розслідування відповідного правопорушення, слід виокремити роль і місце допиту як одного з найбільш важливих етапів, а зокрема, допиту потерпіло особи, оскільки саме така особа, як правило є першоджерелом отримання свідчень про факт протиправного діяння.

Б.Щур вказує, що методичне забезпечення процесу розслідування та запобігання злочинам завжди було і є одним із пріоритетних напрямів розвитку криміналістики, що зумовлюється тим, що саме в криміналістичній методиці як у особливому розділі цієї науки аналізується досвід з виявлення, розслідування та запобігання злочинам, відшукуються найефективніші прийоми, методи ведення слідства в певних категоріях справ. Розроблені наукою криміналістичні рекомендації стають найважливішим інструментарієм слідчого, своєрідним алгоритмом дій у типових слідчих ситуаціях¹, що безперечно підкреслює та актуалізує роль і місце як науки криміналістики в процесах здійснення досудового розслідування загалом так і важливість правильних підходів у формуванні тактики проведення однієї з усього широкого спектру слідчих (розшукових) дій, а саме – допиту.

Тактика допиту являє собою комплекс форм і способів комунікації суб'єкту який проводить допит із особою, з якою (відносно якої) він проводиться таким чином, щоб отримати об'єктивно значущу для досудового розслідування інформацію. Так, слідчий має володіти знаннями в сфері психології, розуміти та усвідомлювати зміст і сутність кри-

міналістично значущої інформації, мати план процедури допиту та комплекс альтернативних дій, якщо психологічний контакт встановити не вдалось².

Т.Матюшкова зауважує, що у кримінальній та післякримінальній (іноді й у передкримінальній) ситуаціях жертва злочину зазвичай перебуває у стані підвищеної емоційної напруги. Це впливає не лише на її поведінку, а й на сприйняття, мислення, пам'ять та інші життєво важливі функції. Зазначені обставини формують у потерпілих особливі психічні стани, які залежить від різних обставин³. Саме особливості діючого та посттравматичного періодів, що обумовлюються підвищеною емоційністю особи, чутливістю до проблемних, пов'язаних із правопорушенням тем й зумовлюють необхідність дотримання певних правил проведення допиту особи потерпілої від домашнього насильства.

Так, наприклад, В.Костюк, Н.Федоровська та М.Пашковська визначають правила спілкування з постраждалою особою, а саме: бесіду (розмову) з постраждалою особою слід проводити наодинці, завіривши про конфіденційність її проведення та отриманої інформації; виявляти повагу та розуміння, не піддаватися так званому першому враженню; переконати постраждалу особу, що поліцейський знаходиться та місці події, щоб допомогти; уважно вислухати розповідь про подію, що сталася; виявляти терпіння: переляк чи наслідки травм можуть відобразитися у поведінці постраждалої особи, вона може погано чути, не відразу розуміти питання; не звинувачувати постраждалу особу в тому, що сталося, запевняти, що насильству немає виправдання, а законодавство на її боці; не по-

¹ Б В Щур, Окремі криміналістичні методики: проблеми визначення та принципи формування. Радник: український юридичний портал <<http://radnik.info/statti/555-kruminalist/15015-2011-01-21-04-26-09.html>> дата звернення 14.04.2023.

² М А Погорецький, Д Б Сергеева, Співвідношення криміналістичної методики та організації розслідування злочину (2017) 19 *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»* 60–72; М Ю Романов, Методика розслідування незаконного перешкодження організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій крізь призму ситуаційного підходу (2022) 94 *Актуальні проблеми держави і права* <<https://doi.org/10.32782/apdp.v94.2022.13>> дата звернення 14.04.2023.

³ Т Матюшкова, Психічні стани потерпілих-жінок від насильницьких злочинів як основа формування їхніх показань (2007) 37 *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ* 104–109.

кладати на постраждалу особу відповідальність за подальшу долю кривдника; повідомити, що надалі сім'ю може відвідати поліцейський або представник соціальної служби з метою перевірки стану безпеки постраждалої особи; слід мати при собі листівки з кваліфікованим роз'ясненням прав постраждалої особи, інформацією щодо можливості отримання нею допомоги, а також про місцезнаходження осередків організацій, до яких можна звернутися по допомогу та підтримку¹.

Висновки. У статті проаналізовано криміналістичні засади тактики допиту особи потерпілої від домашнього насильства та наведено пропозиції щодо оптимізації відповідного процесу у формі рекомендацій. Доводиться важливість проведення якомога більш

якісних слідчих (розшукових) дій у судовому розслідуванні кримінальних правопорушень насильницького змісту загалом, а також домашнього насильства, як одного з найбільш небезпечних видів протиправної поведінки зокрема. Крім цього, звертається увага на те, що допит, серед інших слідчих (розшукових) дій є найбільш функціонально застосовною та універсальною слідчою (розшуковою) дією, що дозволяє встановити та деталізувати широкий спектр інформації про кримінальне правопорушення та відповідного суб'єкта його вчинення. Перспектива подальшого наукового розвитку відповідної тематики полягає в необхідності дослідження криміналістичної тактики допиту інших осіб-учасників кримінального провадження щодо домашнього насильства.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Kryminalnyi kodeks Ukrainy [Criminal Code of Ukraine] zakon Ukrainy vid 05 kvitnia 2001 roku № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> data zvernennia 14.04.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

BOOKS

2. *Vyznannia dokaziv nedopustymymy v kryminalnomu provadzhenni: analiz slidchoi praktyky kriz pryzmu sudovykh rishen* [Recognizing evidence as inadmissible in criminal proceedings: analysis of investigative practice through the lens of court decisions] / V H Drozd, V V Burlaka, L V Havryliuk ta in.; Kharkiv. nats. un-t vnutr. sprav; Derzh. nauk.– dosl. in-t. (Kyiv, 7BTs, 2021) 420 [in Ukrainian].

3. *Zapobihannia ta protydiia domashnomu nasyilstvu pidrozdilamy Natsionalnoi politzii* [Prevention and counteraction of domestic violence by units of the National Police] / V L Kostyuk, N V Fedorovska, M V Pashkovska (Kyiv, Nats. akad. vnutr. sprav, 2021) 12 [in Ukrainian]

4. *Kvalifikatsiia ta osnovy metodyky rozsliduvannia domashnoho nasyilstva* [Qualification and basics of domestic violence investigation methodology] S Romantsova, N Ustrytska, I Hloviuk ta in.; za red. I Hloviuk, N Lashchuk, S Romantsovoi (Lviv, Lvivskyi derzhavnyi universytet vnutrishnikh sprav, 2022) 404 [in Ukrainian].

ARTICLES

5. Drozd V, Tsutskiridze M, Burlaka V, Romanov M, & Pohoretskyi M, Considerations on the reform of Ukraine's wartime criminal justice system: Consideraciones sobre la reforma del sistema de justicia penal de Ucrania en tiempos de Guerra (2022) 40 (74) *Cuestiones Políticas* 779–803 <<https://doi.org/10.46398/cuestpol.4074.43>> accessed 14.04.2023 [in French].

6. Botnarenko I A, *Domashnie nasyilstvo: pochatkovyi etap rozsliduvannia* [Domestic violence: the initial stage of the investigation] (2021) 2 (36) *Kryminalistychnyi visnyk* <<http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/20747/1/8.pdf>> data zvernennia 14.04.2023 [in Ukrainian].

¹ Запобігання та протидія домашньому насильству підрозділами Національної поліції: метод. рек. / В Л Костюк, Н В Федоровська, М В Пашковська (Київ, Нац. акад. внутр. справ, 2021) 12.

7. Matiushkova T, Psykhichni stany poterpilykh-zhinok vid nasylnytskykh zlochyniv yak osnova formuvannya yikhnikh pokazan [Mental states of female victims of violent crimes as a basis for the formation of their testimony] (2007) 37 *Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu vnutrishnikh sprav* 104–109 [in Ukrainian].

8. Pohoretskyi M A, Slidchi dii: poniattia i klasyfikatsiia [Investigative actions: concepts and classification] (2008) 1 *Nauk. visnyk Kyivskoho nats. un-tu vnutr. sprav* 142–148 [in Ukrainian].

9. Pohoretskyi M A, Serhieieva D B, Kryminalistychna taktyka: shchodo vyznachennia poniattia [Forensic tactics: regarding the definition of the concept] (2012) 1 (5) *Chasopys Natsionalnoho universytetu «Ostrozka akademiia». Seriia «Pravo»* <<http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12pmasvp.pdf>> data zvernennia 14.04.2023 [in Ukrainian].

10. Pohoretskyi M A, Pochatok dosudovoho rozsliduvannia: okremi problemni pytannia [The beginning of the pre-trial investigation: certain problematic issues] (2015) 1 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 93–103 [in Ukrainian].

11. Pohoretskyi M A, Nova kontsepsiia kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia [New Concept of Criminal Procedural Evidence] (2015) 3 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva Ukrainy* 63–79 [in Ukrainian].

12. Pohoretskyi M A, Serhieieva D B, Spivvidnoshennia kryminalistychnoi metodyky ta orhanizatsii rozsliduvannia zlochynu [Correlation of forensic methodology and organization of crime investigation] (2017) 19 *Naukovi pratsi Natsionalnoho universytetu «Odeska yurydychna akademiia»* 60–72 [in Ukrainian].

13. Romanov M Yu, Metodyka rozsliduvannia nezakonnoho pereshkodzhannia orhanizatsii abo provedenniu zboriv, mitynhiv, pokhodiv i demonstratsii kriz pryzmu sytuatsiinoho pidkhodu [Methods of investigation of illegal obstruction of the organization or holding of meetings, rallies, marches and demonstrations through the prism of the situational approach] (2022) 94 *Aktualni problemy derzhavy i prava* <<https://doi.org/10.32782/apdp.v94.2022.13>> data zvernennia 14.04.2023 [in Ukrainian].

WEBSITES

14. Shchur B V, Okremi kryminalistychni metodyky: problemy vyznachennia ta pryntsyipy formuvannia [Separate forensic methods: problems of definition and principles of formation] *Radnyk: ukraïnskyi yurydychnyi portal* <<http://radnuk.info/statti/555-kruminalist/15015-2011-01-21-04-26-09.html>> data zvernennia 14.04.2023 [in Ukrainian].

Drozd V. G.,

Doctor of Law, Professor,

Head of the State Department

scientific research institute

Ministry of Internal Affairs of Ukraine,

honored lawyer of Ukraine

ORCID ID: 0000-0002-7687-7138

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/19-25>

FORENSIC PRINCIPLES OF INTERROGATION TACTICS OF A VICTIM OF DOMESTIC VIOLENCE

Abstract. *The article analyzes the forensic principles of interrogation tactics for a victim of domestic violence and provides suggestions for optimizing the relevant process in the form of recommendations.*

The importance of carrying out the highest quality investigative (inquiry) actions in the pre-trial investigation of criminal offenses of violent content in general, as well as domestic violence, as one of the most dangerous types of illegal behavior in particular, is proved. In addition, attention is drawn to the fact that interrogation, among other investigative (inquiry) actions, is the most functionally applicable and universal investigative (inquiry) action, which allows to establish and detail a wide range of information about the criminal offense and the relevant subject of its commission.

The purpose of the article is to analyze the principles of forensic tactics existing in science for interrogating a victim of domestic violence. This, in turn, necessitates the solution of such research problems as: 1. Delineation of the terminological component of the subject of a scientific article; 2. Detailing existing ideas about the tactics of interrogation of victims of domestic violence with the identification of the most outdated of them; 3. Identification of current trends in the principles of forensic tactics of interrogation of a victim of domestic violence and making proposals for discussion on ways to optimize the functioning of the relevant institution.

The prospect of further scientific development of the relevant topics lies in the need to study the forensic tactics of interrogation of other persons participating in criminal proceedings for domestic violence.

Key words: *forensics, criminal procedure, violence, pre-trial investigation, domestic violence, interrogation tactics, European integration.*

Грїбов М.Л.,
доктор юридичних наук, професор,
провідний науковий співробітник наукової
лабораторії з проблем протидії злочинності
Національної академії внутрішніх справ.
ORCID: 0000–0003–2437–5598

Козаченко О.І.,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,
професор кафедри правоохоронної
та антикорупційної діяльності
Навчально-наукового інституту права
імені князя Володимира Великого
Міжрегіональної академії управління персоналом.
ORCID: 0000–0003–1449–3670

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/26-41>

УДК 343.14:351.745.7:343.974

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ НЕГЛАСНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА З МЕТОЮ ВИЯВЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВопорушень

Анотація. Використання негласного співробітництва з метою виявлення кримінальних правопорушень є усталеною та ефективною практикою, яка забезпечує вчасне викриття та припинення злочинів, а також дозволяє запобігти їх учиненню. Проте сьогодні ця діяльність фактично знаходиться поза законом, оскільки не регламентована законодавством і належним чином не унормована на рівні підзаконних нормативно-правових актів.

Метою статті є визначення шляхів вирішення проблеми законодавчого урегулювання використання негласного співробітництва для виявлення кримінальних правопорушень.

Основні результати дослідження полягають у обґрунтуванні того, що використання негласного співробітництва з метою виявлення кримінальних правопорушень потрібно за-снувати на нормах закону, що закріпили б діяльність, яка у теорії та на практиці отримала назву «оперативний пошук». При цьому внесено пропозиції щодо визначення змісту оперативного пошуку загалом, а також переліку та змісту конкретних заходів, що є інструментами його здійснення. Визначено ті з цих інструментів, конспіративне використання яких може бути доручено негласним співробітникам, а саме: опитування осіб за їх добровільною згодою; огляд публічно доступних об'єктів; огляд публічно недоступних об'єктів за добровільною згодою осіб, під контролем яких вони знаходяться; одержання конфіденційної інформації за згодою осіб, які мають доступ до неї; пошукове стеження.

Проведення дослідження дало змогу дійти висновків, що для законодавчого унормування використання негласного співробітництва з метою виявлення кримінальних правопорушень, у Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» потрібно: по-перше, унормувати оперативний пошук, як початкову стадію оперативно-розшукової діяльності, на якій оперативні підрозділи за власною ініціативою вживають заходів з пошуку та фіксації інформації

про: готування до злочину; замах на злочин; учинення закінченого (але невиявленого) злочину; по-друге, до підстав оперативно-розшукової діяльності (ст. 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»), внести пункт: «профілактика, своєчасне виявлення і припинення злочинів, викриття причин і умов, які сприяють їх вчиненню»; по-третє, подати вичерпний перелік заходів оперативного пошуку; по-четверте, передбачити можливість конспіративного здійснення негласним співробітником конкретних заходів оперативного пошуку; по-п'яте, окремо і детально унормувати найбільш важливі питання негласного співробітництва, а саме: його зміст та форми, механізм залучення осіб до співпраці, повноваження негласних співробітників, питання забезпечення їх конспірації, безпеки та соціального захисту тощо.

Ключові слова: оперативний пошук, оперативні підрозділи, негласне співробітництво; злочин; оперативно-розшукова діяльність; оперативно-розшукові заходи.

Постановка проблеми. У питаннях виявлення латентних злочинів правоохоронні органи усіх країн світу здавна покладалися на своїх таємних помічників, тобто осіб, які негласно здобувають та надають відомості щодо кримінальних правопорушень про які ніхто не заявляє, а, відповідно, ніхто і не розслідує. Не є виключенням у цьому плані і Україна¹. Незважаючи на стрімкий розвиток науки і техніки, суттєві досягнення в сфері високих технологій, значну інформатизацію соціуму, окреслена діяльність залишається ефективним засобом виявлення злочинів та їх подальшого припинення і розслідування. Без цієї діяльності, злочини, які мають значну суспільну небезпеку та завдають значної шкоди суспільству та державі, залишаються непоміченими (корупційні кримінальні правопорушення, наркозлочини, діяння, пов'язані з незаконним обігом зброї

тощо). Але, як і раніше, в Україні відчувається гострий брак правового регулювання використання негласного співробітництва з метою виявлення злочинів. Це призводить до ухилення оперативних працівників від використання даного ефективного інструменту протидії злочинності – у одних випадках, а у інших – до зловживання ним. При цьому порушуються права як тих, відносно кого збирають інформацію, так і самих негласних співробітників.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. З уведенням до кримінального процесу інституту конфіденційного співробітництва, науковці стали проявляти жвавий інтерес до питань правового регулювання цього інституту у межах кримінального провадження. Вирішенню цих питань присвятили свої праці С.В.Албул², К.В.Антонов³, В.В.Гончаров⁴, С.М.Мороз⁵, О.О.Подобний⁶, М.А.Погорецький⁷,

¹ М А Погорецький, Розшук у козацьку добу (2003) 1 (2) *Право і безпека* 119.

² С В Албул, Правове регулювання використання негласного співробітництва з поліцейськими органами у країнах Європейського Союзу. Правові та організаційно-тактичні засади оперативно-розшукової діяльності Національної поліції України: матеріали III Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (м. Одеса, 07 жовтня 2022 р.) (Одеса, ОДУВС, 2022) 5–11.

³ К В Антонов, Проблеми нормативно-правового регулювання використання конфіденційного співробітництва під час досудового розслідування (2020) 3 *Юридичний науковий електронний журнал* 369–371.

⁴ В В Гончаров, Конфіденційне співробітництво: нормативно-правовий аспект (2016) 2 *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 284–295.

⁵ С М Мороз, Напрямки удосконалення законодавчого регулювання організації використання слідчим конфіденційного співробітництва з іншими особами (2017) 1 *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ* 339–348.

⁶ О О Подобний, Забезпечення практичної реалізації використання конфіденційного співробітництва як негласної слідчої (розшукової) дії (2015) 16 *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»* 159–164.

⁷ М А Погорецький, Конфіденційні відносини: значення і проблеми правового регулювання (2002) 4 *Вісник Запорізького юрид. ін-ту МВС України* 227–234; М А Погорецький, Проблеми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі: монографія (Київ, Вид-во НА СБ України, 2004) 420; М А Погорецький, Удосконалення правового врегулювання конфіденційних відносин у контексті проекту Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». *Наук. вісник Дніпропетровського держ. ун-ту внутр. справ*: зб. наук. Праць 2 (Дніпропетровськ, ДДУВС, 2006) 340–346; М А Погорецький, Функціональ-

Д.Б.Сергєєва¹ та багато інших науковців. Разом з тим, проблемам правового регулювання негласного співробітництва до початку кримінального провадження (з метою виявлення кримінальних правопорушень), як і раніше, бракує уваги науковців. Невирішеними залишаються проблеми унормування залучення негласних співробітників до співпраці з правоохоронними органами, забезпечення їх безпеки та соціального захисту, урегулювання їхніх прав та обов'язків тощо.

Мета статті – визначення шляхів вирішення проблеми законодавчого урегулювання використання негласного співробітництва з для виявлення кримінальних правопорушень.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. В межах даної роботи виявлення кримінальних правопорушень будемо розглядати як діяльність з пошуку та фіксації інформації про: готування до кримінального правопорушення; замах на кримінальне правопорушення та вчинення закінченого (але не виявленого) кримінального правопорушення.

У теорії оперативно-розшукової діяльності процес виявлення злочинів, здебільшого, ототожнюють з оперативним пошуком, який розглядають як форму або ж як стадію ОРД.

Проте інколи оперативний пошук розглядають не лише як початкову стадію (форму) ОРД, а ще і як елемент

інформаційного забезпечення розслідування злочинів у його негласній чи гласній формах². Такий підхід відповідає концепції, згідно з якою об'єктами оперативного пошуку виступають не лише факти підготовки та вчинення злочинів, а й певні особи, предмети та документи. Як слушно зазначають М.А.Погорецький та О.О.Подобний, серед об'єктів оперативного пошуку виділяють такі основні категорії: подія підготовки чи вчинення злочину; обставини, які цьому сприяють; особи, які становлять оперативний інтерес; майно, викрадене під час вчинення злочину; його знаряддя; інші предмети, що мають розшукове значення або заборонені до зберігання, носіння чи використання. Особи як об'єкт оперативного пошуку – це співучасники злочинної діяльності (організатори, виконавці, навідники, скупники викраденого майна тощо), а також громадяни, які володіють інформацією про протиправну діяльність (потерпілі, очевидці, свідки). Предметами пошуку є такі із них, що можуть бути речовими доказами в кримінальному провадженні (заборонені до обігу речі, фальшиві гроші, підроблені документи, викрадені цінності тощо), або містити відомості, що мають значення для виконання покладених на оперативні підрозділи завдань (таємне листування засуджених і заарештованих тощо)³.

Аналіз практики діяльності оперативних підрозділів засвідчує, що у про-

не призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсис ЛТД, 2007) 576; М А Погорецький, І В Смирнова, Агентурна робота федеральних правоохоронних органів США у сфері боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів (2007) 5 (19) *Юрид. Радник* 101–105; М А Погорецький, Оперативно-розшукова діяльність і кримінальний процес: проблеми взаємозв'язку: монографія: у 2 ч. Ч. 1 (Луганськ, Луганський держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О.Дідоренка, 2008) 216; М А Погорецький, Конфіденційні відносини (сутність, правове регулювання). *Міжнародна поліцейська енциклопедія*: у 10 т. Т. VI: Оперативно-розшукова діяльність поліції (міліції) (Київ, Атіка, 2010) 396–398 та ін.

¹ Д Б Сергєєва, Негласне співробітництво в кримінальному процесі (2016) 4 *Вісник кримінального судочинства* 47–54.

² О О Подобний, Значення оперативного пошуку в оперативно-розшуковій діяльності та в досудовому розслідуванні (2015) 3 *Південноукраїнський правничий часопис* 172–174.

³ М А Погорецький, Оперативний пошук в контексті реформування кримінальної юстиції. *Шляхи розвитку оперативно-розшукової діяльності в сучасних умовах*: матеріали наук.-практ. конф. на базі Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 28 листоп. 2009 р. (Харків, ХНУВС, 2009) 7–10; М Погорецький, В Шеломенцев, Пошук фактичних даних про злочини. *Міжнародна поліцейська енциклопедія*: у 10 т. Т. VI: Оперативно-розшукова діяльність поліції (міліції). (Київ, Атіка, 2010) 750–751; О О Подобний, Значення оперативного пошуку в оперативно-розшуковій діяльності та в досудовому розслідуванні (2015) 3 *Південноукраїнський правничий часопис* 172–174.

цесі досудового розслідування оперативні підрозділи в межах виконання доручень слідчого, прокурора дійсно ведуть пошук певних осіб, речей та документів. Проте виходити за межі таких доручень вони не мають права (ч. 3 ст. 41 КПК України). Відповідно, вони позбавлені інструментарію, характерного для оперативного пошуку (оперативне опитування, оперативна установка, оперативний огляд публічно доступного місця, радіотехнічна та аналітична розвідка тощо).

На необхідності надання такого інструментарію оперативним підрозділам у межах досудового розслідування неодноразово наголошували науковці. Проте, як слушно зауважує А.М.Черняк, діяльність із збирання оперативними підрозділами інформації, необхідної для ефективного досудового розслідування (як в межах виконання доручень слідчого, прокурора, так і поза їх межами), влучно іменують як оперативне супроводження кримінального провадження. Саме у межах такого супроводження оперативні підрозділи мають шукати й виявляти факти, осіб, документи та речі, що мають значення для кримінального провадження¹.

Тому діяльність з виявлення певних осіб, предметів і фактів оперативними підрозділами в межах досудового розслідування не варто відносити до категорії оперативного пошуку. Адже відповідно до однієї з основних ознак оперативного пошуку, визначеної М.П.Погорецьким і В.П.Шеломенцевим, «оперативний пошук здійснюється поза зв'язком з конкретно особою або фактом, конкретно справою, виконанням окремих завдань, розкриттям та розслідуванням окремих злочинів»². До того ж оперативний пошук як початковий етап ОРД спрямований на виявлення саме кримі-

нальних правопорушень, а не певних людей, документів і предметів. Дійсно він може бути зорієнтований на виявлення конкретних осіб або речей. Але пошук цих об'єктів проводиться лише з однією метою – виявлення ще невідомих правоохоронним органам фактів підготовки та вчинення злочинів.

Виходячи з викладеного, ми всебічно підтримуємо підхід науковців, які досліджуючи питання оперативного пошуку різних видів злочинів, розглядають його не як форму ОРД, а як стадію цієї діяльності³.

Безумовно, що проведення негласних пошукових заходів за участю негласних співробітників є високоефективним способом виявлення ознак кримінальних правопорушень. Саме їх послуги оперативні підрозділи використовують для збирання інформації в межах певних територій, соціальних груп, підприємств, установ, організацій тощо. Залучення до співпраці та вдале використання негласних співробітників на цих об'єктах дає можливість вчасно одержати інформацію про злочини, що готуються та вже учинені, але невиявлені.

Так, наявність негласних співробітників з числа членів радикально налаштованих молодіжних громадських організацій дозволяє вчасно виявити та задокументувати факти підготовки масових заворушень й актів тероризму; наявність негласних співробітників серед державних службовців – факти одержання неправомірної вигоди службовою особою, зловживання службовим становищем тощо; наявність на оперативному зв'язку осіб з числа споживачів наркотиків – факти збуту наркотичних засобів тощо. Така діяльність є цілком усталеною практикою. Але її правове регулювання залишається достатньо недосконалим.

¹ А М Черняк, Поняття та зміст запобігання оперативними підрозділами злочинам у сфері міжнародного студентського обміну (2017) *З Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ* 260–270.

² М Погорецький, В Шеломенцев, Пошукові ознаки об'єктів оперативного пошуку: поняття та сутність (2010) *4(16) Вісник Акад. управління МВС* 114–121.

³ С В Тіхонов, В І Василичук, Стадії оперативно-розшукової діяльності (2022) 9–10 *Наукові записки НаУК-МА. Юридичні науки* 37–44.

Вивчення положень Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» дає можливість дійти висновку про наявність серйозних колізій та прогалин у частині проведення оперативного пошуку з використанням можливостей негласних співробітників. Цей Закон України покладає на оперативні підрозділи обов'язок у межах наданих їм повноважень, відповідно до законів, що становлять правову основу оперативно-розшукової діяльності, вживати необхідних оперативно-розшукових заходів щодо попередження, своєчасного виявлення і припинення злочинів та викриття причин і умов, які сприяють вчиненню злочинів, здійснювати профілактику правопорушень (ч. 1 ст. 7). Але, зобов'язавши проводити профілактику злочинів, виявляти та припиняти їх, законодавець не наділив оперативні підрозділи відповідними інструментами.

Сьогодні в оперативних підрозділів фактично немає законних повноважень на проведення оперативного пошуку з використанням можливостей негласних співробітників. Адже, останнім абзацом ст. 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» заборонено приймати рішення про проведення оперативно-розшукових заходів при відсутності підстав, передбачених у цій статті. До числа цих підстав зараховано «наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про: злочини, що готуються; осіб, які готують вчинення злочину; осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання».

Порядок одержання цієї інформації Закон України не встановлює. Якщо її одержувати за допомогою негласних працівників, які обслуговують конкретні об'єкти (підприємства, установи, організації, соціальні групи), то це і слід вважати оперативно-розшуковою ді-

яльністю з метою виявлення злочинів. Проте у ст. 9 зазначеного вище Закону України вказано, що у кожному випадку наявності підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності заводиться оперативно-розшукова справа. Без заведення оперативно-розшукової справи проведення оперативно-розшукових заходів, крім випадків перевірки осіб у зв'язку з допуском їх до державної таємниці, а також до роботи з ядерними матеріалами та на ядерних установках. З цього випливає, що проводити будь-які оперативно-розшукові заходи із запобігання злочинам та їх виявлення, використовувати для цього послуги негласних співробітників немає законних підстав. Тому, вся діяльність оперативних підрозділів та осіб, які співпрацюють з ними на конфіденційних засадах, з пошуку фактів підготовки та вчинення злочинів є незаконною. Більше того, прокурор, у разі виявлення фактів проведення оперативно-розшукових заходів, без заведення оперативно-розшукової справи має вжити заходів для їх припинення.

Не визначається законом і конкретних дій (заходів) з попередження та виявлення злочинів. Крім того, законодавець не подає ні визначення, ні переліку оперативно-розшукових заходів загалом. Таке становище формально унеможливує нормальну роботу оперативних підрозділів. На практиці, безумовно, агентуру використовують для виявлення (оперативного пошуку) злочинів. Проте оперативні працівники вимушені приховувати і факт, і процес цієї роботи і наявність конкретних негласних співробітників, не зазначаючи жодних даних навіть у засекречених документах. Останні ж не можуть розраховувати на оплату своєї праці та соціальний захист, забезпечення безпеки тощо. При цьому збираючи, за завданням оперативних працівників, необхідну інформацію вони фактично порушують закон і наражаються на небезпеку кримінального переслідування.

Однією зі спроб унормувати на рівні закону проведення ОРД до заведення

оперативно-розшукової справи (фактично йдеться про оперативний пошук) був проект Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» № 6284 від 4 квітня 2017 р. Його автори розмежували заходи оперативних підрозділів на оперативно-розшукові та пошукові. До пошукових було віднесено оперативну установку; радіотехнічне обстеження; поліграфологічне опитування; розвідувальне опитування; отримання довідок; особистий пошук; оперативне ототожнення осіб, предметів та речовин; визначення ідентифікаційних і технологічних ознак радіоелектронного засобу; радіопошук; оперативне опитування осіб за їх згодою.

Розробники проекту запровадили норму, відповідно до якої пошукові заходи (окрім радіотехнічного обстеження та радіопошуку) можуть уживатися на стадіях отримання та перевірки оперативно-розшукової інформації. Пошукові заходи з метою попередньої перевірки отриманої оперативної інформації можуть здійснюватися без заведення оперативно-розшукових справ та накопичуватися у справах контрольно-спостережного провадження. Аналогічний підхід було застосовано і у наступному проекті зазначеного Закону (№ 1229 від 02.09.2019).

Серед недоліків згаданих законопроектів, які стали підставами їх відхилення, було те, що: деякі їх положення суперечили положенням інших законодавчих актів України; окремі з них не узгоджувалися між собою; за поданими дефініціями не зрозуміло було, чим оперативно-розшукові заходи відрізняються від пошукових заходів; перелік пошукових заходів міг бути набагато ширшим й детальнішим.

Погоджуючись з наявністю цих та інших недоліків запропонованих проектів, ми всебічно вітаємо ідею його розробників щодо можливості проведення низки оперативно-розшукових заходів (а саме

пошукових) без заведення ОРС¹. При цьому наголошуємо, що невід'ємною його складовою у разі його реалізації має стати можливість залучення до зазначених заходів негласних співробітників.

Сам процес залучення негласних співробітників та їх розстановки на певних об'єктах і територіях є елементом організації оперативно-розшукової діяльності та не може бути віднесений до числа оперативно-розшукових заходів. До числа таких заходів мають бути зараховані конкретні дії негласних співробітників, що спрямовані на одержання оперативно-розшукової інформації. Тому постає питання про те, до яких саме дій можуть вдаватися негласні співробітники в межах оперативного пошуку, виконуючи завдання щодо одержання інформації про злочини, що готуються або були вчинені (але не виявлені) на конкретному об'єкті або ж створюючи там умови щодо недопущення вчинення злочинів.

У зв'язку з викладеним зауважимо, що, незважаючи на спільні ознаки, не можна віднести до числа таких дій реалізацію права оперативних підрозділів виконувати спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації згідно з положеннями ст. 272 КПК України, яке передбачене п. 8 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Адже стаття КПК України, до якої відсилає законодавець, визначає, що вказане завдання виконується особою, яка бере участь в організованій групі чи злочинній організації, або є учасником зазначеної групи чи організації та на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування. В межах оперативного пошуку негласний працівник упроваджується не до злочинної групи та не бере участь у ній. Він впроваджується лише до певної соціальної групи людей, де імовірно існують ризики вчинення злочину.

¹ М. А. Погорецький, Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність»: проблеми застосування окремих положень (2001) 3 (26) *Вісник Акад. правових наук України* 205–213.

Отже, спробуємо встановити, які саме заходи оперативного пошуку можуть бути покладені на негласних співробітників. При цьому ми не будемо вдаватися до аналізу відомчих нормативних актів. Натомість вважаємо за доцільне спиратися на норми проектів Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» 2016, 2017, 2019 років, положення яких уособили підходи до змісту та переліку пошукових заходів представників різних відомств.

Розробники усіх зазначених проектів чомусь у переліку пошукових заходів вживають термін «Розвідувальне опитування», а визначаючи основні терміни, формулюють дефініцію оперативного опитування осіб за їх згодою (пошуковий захід, який полягає в одержанні від опитуваної особи за її згодою інформації, що може мати значення для вирішення завдань оперативно-розшукової діяльності, а також отримання даних від осіб про події та факти, що становлять оперативний інтерес). Будемо вважати це технічною помилкою і що автори проектів мали на увазі те саме.

У науковій літературі до суб'єктів розвідувального опитування, здебільшого, відносять штатних (гласних або негласних) працівників оперативних підрозділів. Проте, ґрунтуючись на визначенні оперативного опитування, поданого в проектах, саме цей захід є основним в інформаційно-пізнавальній діяльності негласного працівника в межах оперативного пошуку. Адже перебуваючи у злочинному середовищі (знаходячись на об'єкті оперативного обслуговування) під прикриттям, негласний працівник спілкується з особами, які володіють інформацією про підготовку та вчинення злочинів (або самі готують та вчиняють кримінальні правопорушення), й саме у процесі спілкування одержує потрібні відомості.

Отже, на законодавчому рівні варто закріпити, що суб'єктом розвідувального опитування може виступати негласний співробітник (позаштатний негласний працівник).

До пошукових заходів розробники проекту Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» № 6284 від 4 квітня 2017 р. віднесли захід, який фактично має негласне розвідувальне опитування своєю складовою. Це – оперативна установка, тобто, пошуковий захід, що полягає в діях службової особи оперативного підрозділу, спрямованих на збір інформації про особу, події або факти, які представляють інтерес для правоохоронних органів, шляхом оперативного опитування, ознайомлення з документами, наведення довідок із зашифруванням своєї приналежності до оперативних підрозділів правоохоронних органів. Фактично йдеться про конспіративне збирання інформації з різних джерел, зокрема шляхом опитування.

Наведене визначення оперативної установки чітко окреслює суб'єкта її проведення – службову особу оперативного підрозділу. Вважаємо, що це не виправдано позбавить оперативні підрозділи можливості залучення до проведення оперативної установки негласних співробітників.

В обох проектах Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (від 2017 та 2019 років) до пошукових заходів віднесено особистий пошук з поданням наступного визначення: «особистий пошук – пошуковий захід, що полягає у безпосередньому застосуванні службовою особою оперативного підрозділу прийомів пошуку, розпізнання осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, негласного спостереження, оперативної установки й агентурної роботи для запобігання та викриття злочинів, розшуку зниклих осіб, осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, громадян, які пропали безвісти».

Серед іншого, до змісту особистого пошуку розробники проектів включили агентурну роботу. Тому у даному випадку варто погодитись з тим, що суб'єктом заходу визначено службову особу оперативного підрозділу. Одночасно є сумніви у доцільності запровадження до законо-

давства такого пошукового заходу, який складається з інших заходів, включених до того ж переліку.

Адже зазначена дефініція охоплює чи не весь спектр діяльності службової особи оперативного підрозділу з виконання завдань ОРД. Згідно з поданим визначенням, оперативний пошук фактично є оперативно-розшуковою діяльністю, що проводиться конкретним оперативним працівником. До змісту даного пошукового заходу зараховано не лише інші пошукові заходи (оперативну установку, а відповідно і розвідувальне опитування), а й заходи які за відповідають негласним слідчим (розшуковим) діям та можуть проводитися винятково на підставі ухвали слідчого судді. Адже термін «негласне спостереження» асоціюється насамперед з візуальним спостереженням за особою річчю або місцем (ст. 269 КПК України).

Віднесення візуального спостереження до змісту оперативного пошуку, з нашого погляду є цілком виправданим. Але його необхідно виокремити як самостійний пошуковий захід, а не зараховувати до складу особистого пошуку.

Така необхідність зумовлена потребами практики. Адже є безліч ситуацій у яких з метою захисту прав людини, інтересів суспільства і держави необхідно провести короткочасне спостереження за певною особою, річчю або місцем, а одержати ухвалу слідчого судді чи просто винести постанову немає фізичної можливості. Приміром, вивчення практики засвідчує, що у разі загрози виникнення масових заворушень використовують так звані профілактично-пошукові заходи, зміст яких передбачає негласне стеження за діями організаторів натовпу й активних учасників можливих масових заворушень, їх документування. Фактично це візуальне спостереження за особами у публічно доступних місцях¹.

У випадку, коли візуальне спостереження (або інший оперативно-розшуковий захід) проводиться за особою та усіма тими з ким вона контактує, відбувається юридична колізія: для спостереження за цією особою (об'єктом) одержують ухвалу слідчого судді, а за її зв'язками – ні (це неможливо ні юридично, ні організаційно). З точки зору кримінального процесуального права відбувається втручання в особисте життя контактів об'єкта, які не мають жодного процесуального статусу. Отже, як в ОРД, так і у кримінальному процесі, доцільно розмежовувати візуальне спостереження за відомими та невідомими (виявленими) особами. У КПК України необхідно запровадити положення, яке б дозволяло проведення візуального спостереження як за відомою (встановленою) особою, так і за невідомою (невстановленою)².

Наявні й інші випадки, коли для забезпечення прав людини, захист інтересів особи суспільства і держави вимагають проведення короткочасного візуального спостереження без ухвали слідчого судді, негайно.

Отже, є необхідність розмежування відповідного пошукового заходу із негласною слідчою розшуковою дією, передбаченою ст. 269 КПК України, а також правом оперативних підрозділів, передбаченим п. 11 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Адже візуальне спостереження за особою, річчю або місцем має спеціальну процедуру застосування (для спостереження за особою необхідно одержати ухвалу слідчого судді; для спостереження за річчю або місцем – достатньо постанови слідчого, прокурора).

Аналіз того спостереження, яке щоразу має місце при проведенні оперативного пошуку й спостереження в процесі відповідних НСРД та ОРЗ³, дозволяє визначити їх відмінності:

¹ А С Корзун, Зміст протидії масовим заворушенням оперативними підрозділами Національної поліції України (2020) 82 *Журнал східноєвропейського права* 136–149.

² М Л Грібов, О І Козаченко, Негласне співробітництво в механізмі забезпечення прав людини: монографія (Вінниця, ТВОРИ, 2022) 157.

³ М А Погорецький, Д Б Сергєєва, Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття,

1) перше проводиться без підготовки; друге – має чітко регламентовану нормативно-правовими актами процедуру підготовки;

2) перше є короткочасним й проводиться до моменту попереднього встановлення виявленої особи; друге – проводиться у терміни, визначені у дорученні або завданні (вони не повинні перевищувати термін дії ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення відповідного ОРЗ або НСРД);

3) перше не має на меті документування (фіксації) фактичних даних щодо протиправної діяльності об'єкта; друге – спрямоване саме на це;

4) результати першого не формалізуються; результати другого – оформлюються документами, визначеними законом (протоколом і додатками до нього) та нормативно-правовими актами (зведеннями та додатками до них).

Для розмежування двох окреслених видів спостереження пропонуємо запровадити термін «пошукове стеження». До його змісту, окрім спостереження, що має місце під час короткочасних профілактично-пошукових заходів, пропонуємо включити і спостереження, яке епізодично проводять негласні співробітники, обслуговуючи в межах оперативного пошуку конкретні об'єкти (соціальні групи).

Пошукове стеження – це захід оперативного пошуку (або ж пошуковий захід), який полягає у короткочасному імпровізованому візуальному спостереженні за певним об'єктом (особою, річчю або місцем), результати якого використовуються винятково в оперативно-тактичних цілях.

Спорідненим з цим заходом за своєю гносеологічною природою є оперативний огляд. У проектах Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (від 2017 та 2019 років) до переліку по-

шукових заходів його не віднесено. Але теоретики оперативно-розшукової діяльності одностайно визнають оперативний огляд одним з її методів. Вчені визначають його поняття, організаційні й тактичні засади, особливості використання у протидії різним видам злочинів¹. Аналіз їхніх праць дозволяє стверджувати, усі що вони ведуть мову про дії, що полягають у візуальному обстеженні певних матеріальних об'єктів. Практика застосування оперативного огляду засвідчує, що, здебільшого, це певні місця, приміщення, території тощо. Але такими об'єктами можуть бути певні речі та документи, що на добровільній основі були надані оперативному працівнику або негласному співробітнику особами, у розпорядженні яких вони перебувають.

Вважаємо, що проведення оперативного огляду може бути доручене оперативним працівником негласному співробітнику. Саме оперативний огляд (поряд з розвідувальним опитуванням) і є основним засобом інформаційно-пізнавальної діяльності негласного працівника, який в межах оперативного пошуку обслуговує певний об'єкт. При цьому це далеко не в усіх випадках огляд публічно доступного місця. Використовуючи легенду, негласний працівник на об'єкті свого обслуговування може оглядати і публічно недоступні місця.

Крім того (як і у випадку розвідувального опитування), доручення негласному співробітнику оперативного огляду може бути не пов'язане з оперативним обслуговуванням конкретного об'єкта. Так, у разі недоцільності огляду особисто оперативним працівником конкретного місця (зокрема, з міркувань конспірації) його проведення може бути доручене негласному працівникові.

Не знайшли свого місця у переліку пошукових заходів, поданому в проектах Закону України «Про оперативно-розшу-

сутність і співвідношення (2014) 2 (33) *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 137–141.

¹ М А Погорєцький, *Оперативно-розшукова діяльність: правові основи (структурно-логічні схеми): навч. посіб. / за ред. Ю.М.Грошевого (Харків, РВФ Арсіс, 2003) 192; В А Некрасов, В Я Мацюк, Н Є Філіпенко, Л В Родинюк, *Оперативне розпізнавання: монографія (Київ, КНТ, 2007) 177.**

кову діяльність» (від 2017 та 2019 року), ті, які пов'язані з отриманням інформації з публічно доступних джерел та її аналізом в купі з відомостями, вже наявними в оперативних підрозділів правоохоронних органів. Такі пошукові заходи у нормативних актах різних відомств формулюються по-різному. Зокрема, для їх означення вживаються такі назви як «аналітична розвідка», «інформаційно-аналітичне прогнозування», «оперативне прогнозування», «інформаційний пошук» тощо. Аналіз змісту відповідної практичної діяльності дозволяє стверджувати, що найімовірніше йдеться про здійснення кримінального аналізу, яким широко послуговуються правоохоронні органи США та Європейського Союзу¹ і який активно досліджується вітчизняними науковцями та впроваджується у діяльність правоохоронних органів України.

Виходячи з того змісту, який вкладають науковці та практики у кримінальний аналіз, доручення його проведення негласному співробітнику (за окремими винятками) є недоцільним з наступних причин.

По-перше, для ефективного здійснення кримінального аналізу необхідна відповідна підготовка, якої не має не лише переважна більшість негласних співробітників, а й значна частина оперативних працівників, які визнаються безпосередніми суб'єктами такого аналізу.

По-друге, в основу визначення кримінального аналізу, здебільшого, покладають розумово-аналітичну діяльність з перевірки та оцінки інформації, її інтерпретації, встановлення зв'язків між даними. Негласний працівник є лише постачальником відповідної інформації та даних («сировини») для кримінального аналізу.

По-третє, кримінальний аналіз може здійснюватися таємно, але він не потребує конспірації (системи заходів із забез-

печення негласності), яка є основою негласного співробітництва.

Безумовно, що для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності на конфіденційній основі можуть бути залучені спеціалісти з кримінального аналізу (інформаційно-аналітичного прогнозування). Але таке співробітництво не буде негласним, воно буде саме конфіденційним. Функцією таких спеціалістів буде лише розумово-аналітична діяльність. Їм не потрібно перебувати у злочинному середовищі (або ж в оточенні розроблюваних осіб), займатися вивіданням інформації, тим самим, наражаючись на небезпеку розшифрування.

Винятки, коли негласним працівникам в межах оперативного пошуку може бути доручений кримінальний аналіз, становлять ті випадки, коли вони володіють елементарними навичками тактичного та оперативного різновидів кримінального аналізу та є висококваліфікованими фахівцями у сфері функціонування об'єкта, який обслуговують за завданням оперативного підрозділу.

У запровадженні кримінального аналізу до кола заходів оперативного пошуку ми не вбачаємо доцільності. Адже це окремий, самостійний напрям діяльності правоохоронних органів, який може виходити за межі ОРД та кримінального провадження. Водночас у якості пошукових заходів до законодавства доцільно запровадити окремі компоненти, що входять до змісту кримінального аналізу: збирання публічно доступної інформації з будь-яких джерел; збирання інформації з обмеженим доступом, що міститься в інформаційних банках даних правоохоронних органів; комплексний аналіз інформації, одержаної під час інших заходів, що проводяться оперативними підрозділами.

Розробники проектів Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (від 2017 та 2019 року) до переліку пошу-

¹ В І Бердюк, М А Погорєцький, Міжнародне співробітництво у сфері протидії тероризму (2009) 21 *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 23–32.

кових заходів включають радіотехнічне обстеження та радіопошук. При цьому вони подають дефініції радіопошуку та визначення ідентифікаційних або технологічних ознак радіоелектронного засобу.

Останнє вони розуміють як пошуковий захід, що полягає у негласному застосуванні технічних та/або програмних засобів для виявлення ідентифікаторів радіоелектронних засобів, у тому числі мобільних терміналів систем зв'язку, або інших радіоелектронних пристроїв, активованих у мережах операторів рухомого мобільного зв'язку, без розкриття змісту повідомлень, що передаються.

Радіопошук визначено як пошуковий захід, що полягає у негласному застосуванні технічних засобів для дослідження визначеного діапазону радіочастот із метою виявлення радіоелектронних засобів, які можуть представляти інтерес як джерела інформації.

Вважаємо доцільним для означення змісту обох згаданих пошукових заходів запровадити назву, яка одночасно розкриває їх сутність: локалізація місця знаходження радіоелектронних засобів й встановлення їх характеристик параметрів.

Оскільки такий захід потребує використання спеціального обладнання та навичок провадження з ним, його доручення негласним співробітникам вважаємо недоцільним.

До пошукових заходів автори проєктів Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» 2017, 2019 років віднесли «поліграфологічне опитування» (опитування з використанням комп'ютерного поліграфа) – пошуковий захід, що полягає у психофізіологічному тестуванні особи за її згодою, стосовно якої отримано відомості про її можливу причетність до протиправної діяльності з використанням спеціальних технічних засобів та відповідних. Не заперечую-

чи по суті про внесення такого заходу до переліку пошукових, зазначимо, що доручення негласним працівникам на проведення поліграфного опитування позбавлене глузду.

Отже, під час визначення понять пошукових заходів розробники проєктів Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»: вдалися до громіздких і некоректних формулювань; не запропонували дефініції розвідувального опитування; застосували різні назви на позначення тих самих заходів; подали визначення пошукових заходів, які не містяться в переліку (інформаційний пошук); проігнорували традиційний для оперативних підрозділів пошуковий захід, який у теорії та практиці ОРД дістав назву «оперативний огляд». Крім того, аналіз цих визначень дає підстави стверджувати, що за змістом пропонувані заходи накладаються, частково охоплюють зміст інших ОРЗ і навіть окремих напрямів ОРД¹.

Грунтуючись на аналізі практики оперативних підрозділів правоохоронних органів України й здобутках теорії ОРД, можемо стверджувати, що пошукові заходи не слід відмежовувати від оперативно-розшукових. Їх потрібно унормувати саме як ОРЗ, які оперативні підрозділи можуть проводити за власною ініціативою та без погодження з прокурором й одержання дозволу суду. Назви цих заходів мають чітко відображати їхній зміст (щоб законодавцю не довелося формулювати їхні визначення, обтяжуючи сприйняття та ускладнюючи юридичну практику)². У тому разі, коли назва заходу не може відбити його зміст потрібно подати його визначення, як це було зроблено нами у цій статті для пошукового стеження.

Отже теоретиками та практиками, розробниками проєктів законів та підзаконних нормативно-правових актів

¹ С Князев, С Чернявський, М Грібов, Законодавче регулювання оперативно-розшукової діяльності: проблеми та шляхи їх розв'язання (2021) 20 *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 8–20.

² М А Погорецький, Проблеми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі: монографія (Київ, Вид-во НА СБ України, 2004) 265; С Князев, С Чернявський, М Грібов, Законодавче регулювання оперативно-розшукової діяльності: проблеми та шляхи їх розв'язання (2021) 20 *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 8–20.

пропонувалися різні варіанти переліку заходів оперативного пошуку, що підлягає унормуванню. Грунтуючись на проведеному аналізі, ми вважаємо найбільш оптимальним такий перелік: опитування осіб за їх добровільною згодою; огляд публічно доступних об'єктів; огляд публічно недоступних об'єктів за добровільною згодою осіб, під контролем яких вони знаходяться; одержання конфіденційної інформації за згодою осіб, які мають доступ до неї; пошукове стеження; збирання публічно доступної інформації з будь-яких джерел; збирання інформації з обмеженим доступом, яка міститься в інформаційних банках даних правоохоронних органів, відповідно до їх компетенції; комплексний аналіз інформації, одержаної під час інших заходів, що проводяться оперативними підрозділами; локалізація місця знаходження радіоелектронних засобів й встановлення їх характерних параметрів; опитування осіб з використанням комп'ютерного поліграфа за їх добровільною згодою.

Можливість конспіративного виконання окремих з цих заходів негласними співробітниками за дорученням оперативних працівників має бути унормована на законодавчому рівні. Йдеться про заходи, що не потребують спеціальних знань та спеціальних повноважень.

Зауважимо, що запровадження належного правового регулювання оперативного пошуку не вирішить усіх юридичних проблем використання негласного співробітництва з метою виявлення кримінальних правопорушень. Адже до сьогодні і сам інститут негласного співробітництва недостатньо детально та чітко унормовано. Відповідно до проведених нами досліджень, головною проблемою правового регулювання зазначеного інституту є відсутність системності. Його законодавчі норми відрізняються недостатньою змістовністю та колізійністю, невпорядкованістю та нераціональністю зв'язків. На тепе-

рішній час у законі відсутні визначення ключових понять цього інституту; належним чином не регламентовано форми негласного співробітництва; не визначено повноваження негласних співробітників; не встановлено заходів та засобів забезпечення конспірації та безпеки конфідентів тощо. Вирішенню цих та багатьох інших питань негласного співробітництва були присвячені наші попередні дослідження¹.

Висновки. Для законодавчого унормування використання негласного співробітництва з метою виявлення кримінальних правопорушень, у Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» потрібно:

– по-перше, унормувати оперативний пошук, як початкову стадію оперативно-розшукової діяльності, на якій оперативні підрозділи за власною ініціативою вживають заходів з пошуку та фіксації інформації про: готування до злочину; замах на злочин; учинення закінченого (але невиявленого) злочину;

– по-друге, до підстав оперативно-розшукової діяльності (ст. 6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»), внести пункт: «профілактика, своєчасне виявлення і припинення злочинів, викриття причин і умов, які сприяють їх вчиненню»;

– по-третє, дати вичерпний перелік заходів оперативного пошуку (за запропонованим у даній статті переліком);

– по-четверте, передбачити можливість конспіративного здійснення негласним співробітником (позаштатним негласним працівником) таких заходів оперативного пошуку як: опитування осіб за їх добровільною згодою; огляд публічно доступних об'єктів; огляд публічно недоступних об'єктів, – за добровільною згодою осіб, під контролем яких такі об'єкти знаходяться; одержання конфіденційної інформації за згодою осіб, які мають доступ до неї; пошукове стеження;

¹ М Л Грібов, О І Козаченко, Негласне співробітництво в механізмі забезпечення прав людини: монографія (Вінниця, ТВОРИ, 2022) 352.

– по-п’яте, окремо і детально унормувати найбільш важливі питання негласного співробітництва, а саме: його зміст та форми, механізм залучення осіб до співпраці, повноваження негласних співробітників, питання забезпечення їх конспірації, безпеки та соціального захисту тощо.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Pro operatyvno-rozshukovu diialnist [On Operative and Searching Activity]: Zakon Ukrainy vid 18.02.1992 № 2135–12 [in Ukrainian].
2. Pro operatyvno-rozshukovu diialnist [On Operative and Searching Activity]: proekt Zakonu Ukrainy vid 04.04.2017 № 6284 [in Ukrainian].
3. Pro operatyvno-rozshukovu diialnist [On Operative and Searching Activity]: proekt Zakonu Ukrainy vid 02.09.2019 № 1229 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

AUTHORED BOOKS

4. Hribov M L, Kozachenko O I, *Nehlasne spivrobotnytstvo v mekhanizmi zabezpechennia prav liudyny* [Implicit cooperation in the human rights mechanism] (TVORY, 2022) 352 [in Ukrainian].
5. Nekrasov V A, Matsiuk V Ya, Filipenko N Y., Rodyniuk L V Operatyvne rozpoznavannia [operational recognition] (KNT, 2007) 177 [in Ukrainian].
6. Pohoretskyi M A, *Funktsionalne pryznachennia operatyvno-rozshukovoi diialnosti u kryminalnomu protsesi* [Functional purpose of investigative activity in the criminal process] (Kharkiv, Arsis LTD, 2007) 576 [in Ukrainian].
7. Pohoretskyi M A, *Problemy vykorystannia materialiv operatyvno-rozshukovoi diialnosti v kryminalnomu protsesi* [Problems of using materials of investigative activity in the criminal process] (Kyiv, Vyd-vo NA SB Ukrainy, 2004) 420 [in Ukrainian].
8. Pohoretskyi M A, *Operatyvno-rozshukova diialnist i kryminalnyi protses: problemy vzaiemoz'iazku* [Operative investigative activity and the criminal process: problems of interrelationship] (Luhansk, Luhanskyi derzh. un-t vnutr. sprav im. E. O. Didorenka, 2008) 216 [in Ukrainian].
9. Pohoretskyi M A, *Konfidentsiini vidnosyny (sutnist, pravove rehuliuвання)*. Mizhnarodna politseiska entsyklopediia: u 10 t. T. VI: Operatyvno-rozshukova diialnist politsii (militsii) [Confidential relations (essence, legal regulation). International police encyclopedia: in 10 vols. Vol. VI: Operative and investigative activities of the police (militia)] (Kyiv, Atika, 2010) 396–398 [in Ukrainian].
10. Pohoretskyi M, Shelomentsev V, *Poshuk faktychnykh danykh pro zlochyny*. Mizhnarodna politseiska entsyklopediia: u 10 t. T. VI: Operatyvno-rozshukova diialnist politsii (militsii) [Search for actual data on crimes. International police encyclopedia: in 10 vols. Vol. VI: Operative and investigative activities of the police (militia)] (Kyiv, Atika, 2010) 750–751 [in Ukrainian].
11. Pohoretskyi M A, *Operatyvno-rozshukova diialnist: pravovi osnovy (strukturno-lohichni skhemy)* [Operational investigative activity: legal foundations (structural and logical schemes)] / za red. Yu M Hroshevoho (Kharkiv, RVF Arsis, 2003) 192 [in Ukrainian].

JOURNAL ARTICLES

12. Antonov K V, Problemy normatyvno-pravovoho rehuliuвання vykorystannia konfidentsiinoho spivrobotnytstva pid chas dosudovoho rozsliduvannia [Problems of legislative regulation of the use of confidential cooperation during investigation]. (2020) 3 *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal* 369–371 [in Ukrainian].
13. Berdiuk V I, Pohoretskyi M A, Mizhnarodne spivrobotnytstvo u sferi protyidii teroryzmu [International cooperation in countering terrorism] (2009) 21 *Borotba z orhanizovanoiu zlochynnistiu i koruptsiiei (teoriia i praktyka)* 23–32.
14. Honcharov V V, Konfidentsiine spivrobotnytstvo: normatyvno-pravovyi aspekt [Confidential Cooperation: Legal Aspect] (2016) 2 *Yurydychnyi chasopys Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav* 284–295 [in Ukrainian].

15. Kniaziev S., Cherniavskiy S., Hribov M. Zakonodavche rehulivannia operatyvno-rozshukovoi diialnosti: problemy ta shliakhy yikh rozviazannia [Legislative Regulation of Operational and Investigative Activities: Problems and their Solution] (2021) 20 *Yurydychnyi chasopys Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav* 8–20 [in Ukrainian].
16. Korzun A S, Zmist protyidii masovym zavorushenniam operatyvnymy pidrozdilamy Natsionalnoi politzii Ukrainy [The Content of Counteraction to Mass Disorders by Operative Units of the National Police of Ukraine] (2020) 82 *Zhurnal skhidnoievropeiskoho prava* 136–149 [in Ukrainian].
17. Moroz S M, Napriamky udoskonalennia zakonodavchoho rehulivannia orhanizatsii vykorystannia slidchym konfidentsiinoho spivrobitnytstva z inshymy osobamy [Directions of improvement of legal regulation of organization of the use by investigator of confidential cooperation with other persons] (2017) 1 *Naukovyi visnyk Dnipropetrovskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav* 339–348 [in Ukrainian].
18. Pohoretskyi M A, Zakon Ukrainy «Pro operatyvno-rozshukovu diialnist»: problemy zastosuvannia okremykh polozhen [Law of Ukraine «On operative investigative activity»: problems of application of certain provisions] (2001) 3 (26) *Visnyk Akad. pravovykh nauk Ukrainy* 205–213.
19. Pohoretskyi M A, Konfidentsiini vidnosyny: znachennia i problemy pravovoho rehulivannia [Confidential relations: significance and problems of legal regulation] (2002) 4 *Visnyk Zaporizkoho yuryd. in-tu MVS Ukrainy* 227–234 [in Ukrainian].
20. Pohoretskyi M A, Rozshuk u kozatsku dobu [Search in the Cossack Age] (2003) 1 (2) *Pravo i bezpeka* 119 [in Ukrainian].
21. Pohoretskyi M A, Serhieieva D B, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii ta operatyvno-rozshukovi zakhody: poniattia, sutnist i spivvidnoshennia [Covert investigative (detective) actions and operative-detective measures: concept, essence and relationship] (2014) 2 (33) *Borotba z orhanizovanoiu zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 137–141.
22. Pohoretskyi M A, Smyrnova I V, Ahenturna robota federalnykh pravookhoronnykh orhaniv SSHa u sferi borotby z nezakonnym obihom narkotychnykh zasobiv [Agency work of US federal law enforcement agencies in the field of combating illegal drug trafficking] (2007) 5(19) *Yuryd. Radnyk* 101–105. [in Ukrainian].
23. Pohoretskyi M, Shelomentsev V, Poshukovi oznaky obiektiv operatyvnoho poshuku: poniattia ta sutnist [Search features of operational search objects: concept and essence] (2010) *Visnyk Akad. upravlinnia MVS № 4* (16) 114–121 [in Ukrainian].
24. Podobnyi O O, Zabezpechennia praktychnoi realizatsii vykorystannia konfidentsiinoho spivrobitnytstva yak nehlasnoi slidchoi (rozshukovoi) dii [Provision of the use of confidential cooperation as a covert investigative activity] (2015) 16 *Naukovi pratsi Natsionalnoho universytetu «Odeska yurydychna akademiia»* 159–164 [in Ukrainian].
25. Podobnyi O O, Znachennia operatyvnoho poshuku v operatyvno-rozshukovii diialnosti ta v dosudovomu rozsliduvanni [The value of operational search in operational investigative activities and in pre-trial investigation] (2015) 3 *Pivdenoukrainskyi pravnychi chasopys* 172–174 [in Ukrainian].
26. Serhieieva D B Nehlasne spivrobitnytstvo v kryminalnomu protsesi [Covert cooperation in criminal proceedings] (2016) *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 47–54 [in Ukrainian].
27. Tikhonov S V, Vasylynchuk V.I. Stadii operatyvno-rozshukovoi diialnosti [Improvement of a prosecutor's participation in the conducting operative search cases by the units, that conduct operative search measures] (2022) 9–10 *Naukovi zapysky NaUKMA Yurydychni nauky* 37–44 [in Ukrainian].
28. Cherniak A M, Poniattia ta zmist zapobihannia operatyvnymy pidrozdilamy zlochinam u sferi mizhnarodnoho studentskoho obminu [Concept and Content of Prevention of Crimes by Operational Subdivisions in the International Student's Exchange Sphere] (2017) 3 *Naukovyi visnyk Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav* 260–270 [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

29. Albul S V, Pravove rehulivannia vykorystannia nehlasnoho spivrobitnytstva z politseiskymy orhanamy u krainakh Yevropeiskoho Soiuzu. [Legal regulation of the use of informal cooperation with police authorities in the countries of the European Union] *Pravovi ta orhanizatsiino-taktychni zasady operatyvno-rozshukovoi diialnosti Natsionalnoi politzii Ukrainy: materialy III Vseukrainskoi naukovo-praktychnoi internet-konferentsii* (2022). Odesa: ODUVS, 2022 S. 5–11 [in Ukrainian].
30. Pohoretskyi M A, Udoskonalennia pravovoho vrehulivannia konfidentsiinykh vidnosyn u konteksti proektu Zakonu Ukrainy «Pro operatyvno-rozshukovu diialnist». *Nauk. visnyk Dnipropetrovskoho derzh. un-tu vnutr. sprav: zb. nauk. Prats 2* [Improvement of the legal regulation of confidential relations in the context of the draft Law of Ukraine «On operative investigative activity». Science Herald of Dnipropetrovsk State. internal university cases: Coll. of science Proceedings 2] (Dnipropetrovsk, DDUVS, 2006) 340–346 [in Ukrainian].

31. Pohoretskyi M A, Operatyvnyi poshuk v konteksti reformuvannia kryminalnoi yustyttsii [Operational search in the context of criminal justice reform] *Shliakhy rozvytku operatyvno-rozshukovoi diialnosti v suchasnykh umovakh*: materialy nauk.– prakt. konf. na bazi Khark. nats. un-tu vnutr. sprav, 28 lystop. 2009 r. (Kharkiv, KhNUVS, 2009) 7–10;

Hribov M. L.

*Doctor of Law, Professor,
Leading researcher of the scientific
crime prevention laboratories
National Academy of Internal Affairs.
ORCID ID: 0000–0003–2437–5598*

Kozachenko O. I.

*Doctor of legal sciences, Senior researcher,
Professor of the Department of Law Enforcement
and anti-corruption activities
Educational and Scientific Institute of Law
named after Prince Volodymyr the Great
Interregional Academy of Personnel Management.
ORCID ID: 0000–0003–1449–3670*

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/26-41>

LEGAL REGULATION OF USING SECRET COOPERATION FOR THE PURPOSE OF INVESTIGATING CRIMINAL OFFENSES

Abstract. *The use of secret cooperation for the purpose of investigating criminal offenses is an established and effective practice that ensures timely identification and prevention of crimes, allows to prevent the commission of crimes. However, today this activity is actually outside the law, as it is not regulated by legislation and is not properly regulated at the level of subordinate acts.*

The purpose of the article is to refine the problem of legislative regulation of using secret cooperation for the purpose of investigating criminal offenses.

The main results of the study are the justification that the use of secret cooperation for the purpose of investigating criminal offenses should be based on the norms of the law, which would establish the activity, which in theory and in practice is called «operative search». At the same time, proposals on determining the content of operative search and the list and content of specific measures that are tools for its implementation are given.

Those of these tools, the conspiratorial use of which can be entrusted to undercover employees, are identified, namely: interviewing people with their voluntary consent; inspection of publicly accessible objects; inspection of publicly inaccessible objects with the voluntary consent of the persons under whose control they are; receiving confidential information with the consent of persons who have access to it; search surveillance.

The research made it possible to come to the conclusion that in order to legally regulate the use of secret cooperation for the purpose of investigating criminal offenses, the Law of Ukraine «On operative-search activity» requires: first, to regulate operative search as the initial stage of operative-search activity, at which operative units, on their own initiative, take measures to find and record information on: preparation of a crime; attempts to commit crimes; committing a completed (but undetected) crime; secondly, to the grounds of operative-search activity (Article 6 of the Law of Ukraine «On operative-search activity»), include the item: «prevention, early detection and suppression of

crimes and expose the causes and conditions conducive to the crime»; thirdly, submit a comprehensive list of operational-search measures; fourthly, to provide for the possibility of conspiratorial implementation of specific operational-search measures by an undercover employee; fifth, separately and in detail regulate the most important issues of secret cooperation, namely: its content and forms, the mechanism of attracting people to cooperation, the powers of secret employees, the issue of ensuring their conspiracy, security and social protection, etc.

Keywords: *operative search, operative units, secret cooperation, crime, operative-search activity; operational-search measures.*

Метелев О. П.,
доктор філософії у галузі права,
завідувач спеціальної кафедри
Інституту підготовки юридичних кадрів
для Служби безпеки України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
ORCID ID: 0000–0003–2969–8388

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/42-53>

УДК: 343.14

ЦИФРОВІ ДОКАЗИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ВИДОВА ХАРАКТЕРИСТИКА

Анотація. В цій статті досліджується еволюція системи видів процесуальних доказів, з метою визначення критеріїв їх видової класифікації, та, з урахуванням специфічної штучної нематеріальної природи цифрових доказових відомостей, визначення їх місця в системі кримінально-процесуальних доказів.

Автор у своїй роботі зазначає, що в сучасному світі відбувається формування інформаційного суспільства, яке започаткувало нову модель суспільних відносин, комунікації і, відповідно, нові підходи до вирішення соціально важливих питань, у тому числі кримінального судочинства. Інформаційні технології стрімко розвиваються, разом з ними розвиваються і методи злочинного використання цифрових технічних засобів, постійно зростає кількість злочинів скоєних у кіберпросторі. Проте, у кримінальному процесуальному законодавстві України питання використання цифрової інформації як доказів залишається мало дослідженим і не достатньо врегульованим. Зокрема, досі залишається не визначеним місце цифрових доказів у системі процесуальних джерел доказів. У роботі автором розглядається стан наукових досліджень щодо класифікації видів процесуальних доказів, історичний розвиток, а також ставиться питання щодо віднесення цифрової інформації, яка має доказове значення для кримінального провадження, до окремого виду кримінально-процесуальних доказів. Проведений аналіз кримінального процесуального законодавства та наукової літератури показав, що існуюча концепція класифікації видів доказів потребує доопрацювання з урахуванням особливої природи цифрових доказів. Також, у статті визначаються критерії поділу процесуальних доказів на види з подальшим їх застосуванням для доведення, з огляду на специфіку природи цифрових доказів, необхідності їх розгляду як окремого виду доказів в кримінальному процесі. Була обґрунтована помилковість віднесення цифрової інформації як до речових доказів, так і до документів у кримінальному процесі. У статті переконливо доведено, що цифрова інформація у формі файлів і машинних носіїв інформації є окремим видом доказів та запропоновано внести відповідні зміни до ч. 2 ст. 84 КПК.

Ключові слова: кримінальний процес, види доказів, цифрові докази, документи, речові докази.

Постановка проблеми. Мобільний телефон, ноутбук, планшет, автомобіль з бортовим комп'ютером та навігатором – це звичайні атрибути життя сучасної людини, які забезпечують їй побут, роботу

та комунікацію. Відомості, отримані від цих пристроїв, можуть свідчити про причетність тієї чи іншої особи до вчиненого злочину. Фотографії, документи, аудіо та відео файли, які створені за допомогою вищезазначених електронних пристро-

ів мають цифрову форму і можуть зберігатися як на машинних носіях інформації (жорстких дисках, флеш-пам'яті і т.п.), так і, використовуючи транспортні телекомунікаційні мережі, миттєво можуть бути передані в глобальну мережу Інтернет, або збережені в «хмарних» сховищах. Всі ці відомості – джерело процесуально значущих для кримінального провадження даних. Однак, використання цифрової інформації як доказів у кримінальному процесуальному законодавстві України залишається малодослідженим і, як наслідок, недостатньо врегульованим. Зокрема, відсутня визначеність щодо статусу цифрової інформації як доказів, а також критерії для виділення такої інформації в окремий вид доказів.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Багато вітчизняних та зарубіжних юристів-науковців розробляли своє бачення природи та місця цифрових доказів в кримінальному процесі, а також розробкою питання щодо статусу та особливостей об'єктів, які можуть належати до цифрової доказової інформації, зокрема: Т.В.Авер'янова, К.Браун (С. Brown), В.М.Бутузов, В.Б.Вехов, С.Й.Гонгало, О.Г.Григор'єв, Н.А.Зігура, М.А.Іванов, І.З.Карась, А.В.Касаткін, Е.Кейси (Е. Casey), В.А.Копилов, Л.Б.Краснова, Г.В.Кудрявцев, Т.Е.Куркарнікова, Ю.М.Літвінов, В.В.Лисенко, В.О.Мещеряков, Д.В.Пашнев, А.В.Скрипник, М.М.Федотов, Дж.Чизам (J. W. Chisum) та інші.

З огляду на суттєві особливості та складності в роботі з цифровими доказами, їх унікальну нематеріальну природу та штучне середовище існування, науковцями ставляться питання щодо віднесення цифрової інформації, яка має доказове значення для кримінального провадження, до того чи іншого виду кримінально-процесуальних доказів, передбачених ч. 2 ст. 84 КПК (як правило, це речові докази або документи)¹.

Мета статті. Дослідити систему видів процесуальних доказів та визначити критерії їх видової класифікації. Обґрунтувати помилковість віднесення цифрової інформації як до речових доказів так і до документів у кримінальному процесі. Довести, що цифрова інформація у формі файлів і машинних носіїв інформації є окремим видом доказів та запропонувати відповідні зміни до чинного законодавства.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Для того щоб, відповісти питання чи є цифрові докази окремим видом доказів і, взагалі, мають вони право на існування як частина кримінального процесу, необхідно дослідити як відбувалась еволюція поглядів щодо поділу кримінальних процесуальних доказів на види і які існують критерії для їх формалізованої класифікації як процесуальних джерел доказів.

Система процесуальних доказів, яка протягом кількох століть еволюціонувала разом з кримінально-процесуальним правом, не є оптимальною. Ця система доказів досить консервативна і змінювалась лише під тиском неминучості змін, які були спричинені соціальним і технічним прогресом. Показання свідків (потерпілих), речові докази, документи, висновки експертів в якості «форми» («оболонки») процесуально значущих для кримінального провадження відомостей, мають вирішальне значення в забезпеченні можливості використання даних відомостей. Від форми доказуваних відомостей залежить порядок їх отримання і закріплення, а також оцінка їх належності та допустимості. Поняття «вид доказів», «джерело доказів», а також пов'язані з ними терміни «форма доказів» і «перелік доказів» в юридичній літературі, не отримали однозначного тлумачення і вживаються як синонімічні так і як різні за змістом². Неоднозначність доктринальних підходів до розу-

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI <<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> дата звернення 05.02.2023.

² М.А.Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2007) 460–498; М.Погорецький, Докази у кримінальному процесі: про-

міння фундаментальної категорії «доказ» у теорії кримінального процесуального доказування, негативно впливає на законотворчий процес та на практику, на що обгрунтовано звертається увага провідних процесуалістів України¹.

Розглянемо значення понять «форма», «джерело» і «вид», які надаються їм у філології і юриспруденції. Під формою розуміється спосіб існування змісту, його внутрішня структура, організація і зовнішній вираз чого-небудь². Форма є обов'язковою умовою існування доказу. Жодні відомості не існують самі по собі, у тому числі і кримінально-процесуальному доказуванні. Під джерелом розуміють те, що дає початок чому-небудь, звідки постає, черпається щось; основа чого-небудь; вихідне начало³. Джерело повинне знаходитись поза об'єктом. Звичайно, між джерелом і об'єктом існує зв'язок, але вони не можуть бути тотожними. Наприклад, якщо стверджується що показання (свідка, потерпілого) – це доказ, то він не може бути джерелом самого себе. Також, необхідно зазначити, що термін «джерело» в кримінальній процесуальній науці в різні часи по вживався різному. В.К.Случевський під джерелом розумів спосіб отримання відомостей⁴, а в сучасній теорії доказів процесуалісти стали розуміти результат⁵. На думку М.А.Погорецького, «безпосереднім джерелом слідів злочину в загальному розумінні є суспільно небезпечний вплив особи, що вчинила злочин, поведінка якої проявляється у формі дії або

бездіяльності, на об'єктивну дійсність, взаємодія предметів і станів, тобто сама подія злочину»⁶. В свою чергу, С.А.Шейфер у своїх роботах прийшов до висновку щодо необгрунтованості використання терміну «джерело доказів» для позначення показань, висновків експерта та інших видів доказів⁷. Можна цілком погодитись з науковцем, оскільки, вид завжди є частиною роду, в якості якого в даному випадку виступає «доказ».

Для того щоб стати доказом, ці відомості повинні мати не тільки джерело, але і певний зовнішній вираз, до того ж процесуально закріплений⁸. Спосіб (або – вид) існування змісту, який невід'ємний від нього і є формою. Не дивлячись на відмінні позиції щодо тлумачення поняття «джерело доказів», більшість науковців не ставлять під сумнів єдність форми і змісту доказів. Так, М.А.Погорецький та Д.Б.Сергеєва зазначає, що «три елементи: фактичні дані, їх джерела та процесуальна форма, маючи взаємовпливовий та взаємозалежний зв'язок, у своїй єдності становлять поняття доказу. Відсутність будь-якого із зазначених елементів, наприклад, грубе порушення процесуальної форми отримання відповідного доказу чи відсутність фактичних даних, які можуть бути визнані доказами, або їх джерела, робить доказ таким, що втрачає свою сутність»⁹. Зміст і форма доказу існують в єдності й обумовлюють основні вимоги, які висуваються до доказів: належність і допустимість.

блемні питання (2011) 1 *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право» 20.

¹ М Погорецький, Теорія кримінального процесуального доказування: проблемні питання (2014) 10 *Право України* 12–25; М А Погорецький, Нова концепція кримінального процесуального доказування (2015) 3 *Вісник кримінального судочинства України* 63–79.

² І Білодіда (ред.), *Словник української мови: в 11 т.* Т. 10 (Київ, Наукова думка, 1979) 617.

³ І Білодіда (ред.), *Словник української мови: в 11 т.* Т. 2 (Київ, Наукова думка, 1971) 262.

⁴ В Случевский, *Учебник русского уголовного процесса* (СПб, 1913) 376.

⁵ С Шейфер, *Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования: монография* (Норма, 2009) 67.

⁶ М Погорецький, Докази у кримінальному процесі: проблемні питання (2011) 1 *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право» 20; М А Погорецький, Докази у кримінальному процесі (2003) 2 *Вісник прокуратури* 62.

⁷ С Шейфер, *Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования: монография* (Норма, 2009) 67.

⁸ М А Погорецький, Про співвідношення джерел фактичних даних і джерел доказів у кримінальному процесі (2009) 1 *Право України* 80–85.

⁹ М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному проце-

Вид є класифікаційною одиницею в систематиці, який об'єднує ряд предметів, явищ за спільними ознаками і входить до складу загальнішого вищого розділу¹.

Вперше в Статуті кримінального судочинства 1864 року нормативно встановлювалися види доказів, а саме, показання сторін і свідків, речові докази, письмові документи, божий суд тощо². В ст. 62 КПК УСРР 1922 року та ст. 58 КПК УРСР 1927 року дана класифікація доказів була розширена і включала: показання свідків, висновки експертів, речові докази, протоколи оглядів та інші письмові документи, особисті пояснення обвинуваченого³.

У ст. 65 КПК УРСР 1960 року вперше було сформульоване загальне поняття доказів, яке включало дві складових: зміст і форму тобто його різновиди, до яких відносились: показання свідка, показання потерпілого, показання підозрюваного, показання обвинуваченого, висновок експерта, речові докази, протоколи слідчих і судових дій, протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та інші документи⁴.

У ст. 84 КПК України 2012 року практично відтворено формулювання поняття доказів свого попередника, скоротивши число видів доказів до показань, речових доказів, висновків експерта та документів. У багатьох наукових джерелах викладається процесуальна характеристика показань свідка, підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, речових доказів, висновків експерта, протоколів слідчих і судових дій, документів. Але, на жаль, формалізоване ви-

значення виду доказів у процесуальній літературі відсутнє. Водночас, потреба в цьому існує, оскільки загальна дефініція доказів не віддзеркалює особливих ознак всіх видів доказів, які визначають процесуальний режим їх формування, оцінки та перевірки.

На наш погляд, при визначенні підстав для відокремлення видів доказів слід враховувати думку І.Я.Фойницького, який писав: «Єдина точна ознака кваліфікації доказів необхідно шукати в самій природі тих засобів доказування, які допускаються в процесі кримінальному. У цьому відношенні всі докази можуть бути поділені на дві великі групи: перші складаються із наданих суду особистих заяв всілякого роду; такими є: показання свідків, думка досвідчених людей та дізнання через інших людей; інші надаються речами зовнішнього світу які слугують для задоволення шуканого; такими є докази речові. Перехідну між ними ступінь займають докази письмові»⁵.

У свою чергу, В.Я.Дорохов по суті розширив запропонований І.Я.Фойницьким критерій розмежування доказів на окремі види. Так, науковець слушно стверджував, що при тлумаченні доказів, як єдності змісту і форми, за основу розмежування їх видів слід в першу чергу взяти джерело фактичних даних в сукупності зі способом їх збирання і вказівкою в законі його підстав, учасниками, порядком його проведення і оформлення. Крім цього слід брати до уваги те, що кожний вид доказів має низку особливостей, що не охоплюються загальним критеріями їх розмежування. Висновки експертів, речові докази, показання обвинуваченого, підозрюваного тощо мають свій специфічний механізм формування

сі: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2007) 481; Д Сергеева, До визначення поняття «доказу» за чинним КПК України (2011) 24 *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 219.

¹ Білодід, Словник української мови: в 11 т. Т. 1 (Київ, Наукова думка, 1970) 381.

² Статут кримінального судочинства 1864 року <<https://moodle.oa.edu.ua/mod/resource/view.php?id=555>> дата звернення 01.02.2023.

³ Уголовно-процесуальный кодекс У.С.С.Р., утвержденный В.У.Ц.И.К. 13.09.1922 (Харьков, 1922); Кримінально-процесуальний кодекс УСРР (Харків, Наркомюст УСРР, 1927) 127.

⁴ Кримінально-процесуальний кодекс України: Закон України від 28.12.1960 № 1001–05 <<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1001-05/page4>> дата звернення 01.02.2023.

⁵ И Фойницкий, Курс уголовного судопроизводства. Т. 2 (СПб, 1884) 260.

фактичної основи, режим збирання, процесуального закріплення і використання в ході доказування¹.

Слушною в цьому плані є також позиція П. В. Козловського, який зазначає, що: «В основі поділу доказів на види повинен бути покладений їх зміст (природа відомостей, на підставі яких встановлюються обставини, які підлягають доказуванню)... при цьому в рамках кримінального судочинства однорідні відомості повинні міститись в одному виді доказів»². Із цього випливає, що доказ можна віднести до окремого виду, якщо у його змісті і, як наслідок, формі будуть особливості, які визначають тільки йому властивий процесуальний режим формування і використання у кримінальному процесі. З цих міркувань є необхідною конкретизована технічна і процесуальна характеристика тих видів доказів, що виникають в результаті застосування новітніх інформаційних технологій, а саме цифрових доказів.

Отже, тепер, розглянувши як терміни «форма», «вид», «джерело» відносяться до процесуальних доказів, а також критерії поділу доказів в кримінально-процесуальній науці на види, спробуємо визначити місце цифрових доказів в системі доказування.

Докази – категорія високого рівня теоретичного узагальнення, як сукупність явищ певного класу, що характеризуються істотними спільними ознаками, які утворюють єдине ціле і відрізняються від йому подібних. Це по суті теоретична конструкція (стандарт) для визнання доказами предметів, документів, показань. Водночас, як справедливо зазначає М. С. Шумило «юридична природа доказів є досить складною, що обумовлено важкістю її дослідження, сприйняття та формування»³.

Існуючи види доказів в КПК зазначені в п. 2 ст. 84 КПК – це показання, речові докази, документи та висновки експертів. На практиці, цифрові доказові відомості відносять або до речових доказів (наприклад, жорсткий диск або оперативна пам'ять, на яких може міститись доказово значима цифрова інформація) або до документів (матеріали цифрової фотозйомки, звукозапису, відеозапису та т. ін.). Спираючись на критерії розмежування видів доказів в кримінальному процесі, які були наведені вище, ми проаналізуємо, чи продовжувати таку практику, чи доцільно відносити цифрові докази до окремого виду.

В підтримку позиції відмежування цифрових доказів від інших видів доказів В. Д. Цехан зазначає, що «цифровий об'єкт, який є нематеріальним, не має відповідних якісних фізичних характеристик, має специфічну процедуру та середовище створення, здатний до копіювання та переміщення без втрати характеристик, сприймається людиною лише після обробки ЕОМ та виведення інформації на відповідний технічний пристрій (монітор), неможливо визнати матеріальним об'єктом і, як наслідок, речовим доказом чи традиційним документом. У даному випадку необхідно оцінювати власне інформацію, а не матеріальний об'єкт на якому вона зафіксована»⁴.

В свою чергу, Н. А. Зігура в своєму дисертаційному дослідженні обґрунтовує, що комп'ютерна інформація не може бути віднесена ні до речових доказів, ні до документів. Науковець справедливо відмічає, що «...нерозуміння фізичної сутності механізму утворення, зберігання, передачі комп'ютерної інформації призводить до змішування понять комп'ютерної інформації та речового доказу»⁵.

¹ В Дорохов, *Общее понятие доказательств в советском уголовном процессе* (Москва, 1981) 23–25.

² П Козловський, *Виды доказательств в уголовном судопроизводстве: эволюция, регламентация, соотношение* (дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.09, Омск, 2013) 176.

³ М Шумило, *Юридична конструкція доказів у кримінальному провадженні* (2018) 1 *Вісник кримінального судочинства* 60.

⁴ Д Цехан, *Цифрові докази: поняття, особливості та місце в системі доказування* (2013) 5 *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету* 259.

⁵ Н Зігура, *Комп'ютерна інформація як вид доказательств в уголовном процессе* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09, Челябинск, 2010) 58–59.

Також, на думку М. А. Іванова «основною причиною виділення цифрової інформації, зафіксованої на машинних носіях, в якості самостійного і специфічного джерела відомостей, які не входять ні до складу речових доказів, ні до складу документів, є її особлива нематеріальна природа, природно-технічні особливості її створення, обробки, зберігання, передачі в часі і просторі, а також кримінально-процесуальні процедури і техніко-криміналістичні прийоми її пошуку та вилучення, доступу до неї, дослідження і перетворення її в форму, яку сприйматиме людина»¹. Крім того, вчений зазначає що «для набуття доказового значення цифрова інформація повинна бути спеціальним чином перетворена із системи дискретних сигналів різної фізичної природи в форму, яку може сприймати людина». Так, наприклад, зміст документальної інформації, яка міститься в електронних документах чи файлах баз даних, звукових файлів чи фонограм, може бути перетворений у візуальну інформацію, або шляхом її роздрукування на паперовий носій, або шляхом її виведення на екран монітора.

Звернемось до новел чинного законодавства. Так, згідно ст. 98 КПК речовими доказами є матеріальні об'єкти, що містять відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. До речових доказів належать знаряддя вчинення кримінального правопорушення, предмети, що зберегли на собі його сліди, були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення. Носіями речових доказів є матеріальні об'єкти, що перебувають у твердому, сипкому або газоподібному стані.

Речовим доказам притаманні дві ознаки: об'єктивність і незамінність, виділення яких дозволяє з'ясувати їх сутність і відмежувати речові докази від інших процесуальних джерел (наприклад, документів) та інших речей, які можуть мати місце у кримінальному провадженні². Ознака об'єктивності вказує на утворення речових доказів у зв'язку з подією кримінального правопорушення як результату матеріального відображення факту та обставин його вчинення, а ознака незамінності речових доказів полягає в тому, що вони створюються фактом та обстановкою вчиненого кримінального правопорушення і їх неможливо копіювати без свого втрати доказового значення.

Відповідно до ст. 99 КПК, документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. До документів, за умови наявності в них відомостей, можуть належати: 1) матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні); 2) матеріали, отримані внаслідок здійснення під час кримінального провадження заходів, передбачених чинними міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України; 3) складені в порядку, передбаченому КПК України, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії; 4) висновки ревізій та акти перевірок.

В документах відомості відображаються людиною як за допомогою букв алфавіту та цифр, так і умовних зображень, креслень, схем, малюнків, графіків, таблиць, а також стенографічних,

¹ Н. Иванов, *Доказательства и источники сведений в уголовном процессе: проблемы теории и практики: монография* (Москва, Юрлитинформ, 2015) 170.

² В. Вапнярчук, *Щодо сутності речових доказів і впливу їх специфіки на забезпечення допустимості в кримінальному процесуальному доказуванні* (2015) 4 (2) *National law journal: theory and practice* 124.

телеграфних та інші знаків. Проте, інформація в документах може фіксуватися не лише людиною, а й за допомогою різноманітної (насамперед, цифрової) техніки. Так, за допомогою засобів цифрової техніки (як за участі людини, так і без неї) інформація може бути відображена на машинних носіях інформації (жорсткому диску, магнітооптичних дисках, картах пам'яті, флеш-накопичувачах тощо), у мережевих та хмарних просторах тощо. Це призвело до появи нових типів документів – електронних, що застосовує на подальше їх впровадження у кримінальному судочинстві та належне відображення в законі¹.

На відміну від речових доказів, які є унікальними і неповторними, документи можуть копіюватися (звісно, оформлені процесуально), що не зменшує їх доказового значення. Поняття «документ» як штучно створеного людиною об'єкта матеріального світу, в першу чергу пов'язане з наявністю матеріального об'єкта, на якому створеним людиною способом зафіксована документальна інформація. Звичайно, в першу чергу в кримінально-процесуальному праві має значення зміст зафіксованої на матеріальному носії документальної інформації. Проте, часто доказове значення мають саме відомості про зовнішній вигляд документа, його фізико-хімічний склад і т.п. властивості носія, а не власне зафіксована на ньому документальна інформація.

Тому у ч. 2 ст. 98 КПК зазначено, що документи є речовими доказами, якщо вони містять ознаки, зазначені в ч. 1 ст. 98 КПК.

Таким чином, як було вище зазначено, речові докази і документи – це суть матеріальні об'єкти². Розглянемо поняття «матеріальний об'єкт» більш детально. Матерія (англ. matter, substance) –

основа буття, яка проявляється у всій різноманітності і багатогранності об'єктів, процесів, явищ мікро-, макро- і мегасвіту. Існує в русі, розвитку та взаємоперетвореннях. У фізичній картині світу традиційно виділяють два фундаментальні види матерії – речовина і фізичні поля. Щодо речовини: в хімії, речовина – це фізична субстанція зі специфічним хімічним складом; у фізиці – це форма матерії, яка характеризується масою, складається з елементарних частинок (електронів, протонів, нейтронів і тощо) і може знаходитись в одному з агрегатних станів: газоподібний, рідкий і твердотільний. Фізичне поле – це форма матерії, яка здійснює взаємодію між частинками (речовини, квантів, фотонів тощо). Хоча, вже давно науково доведено, що поділ матерії на речовину і фізичні поля – є достатньо умовним, оскільки будь-яка частинка описується квантовим фізичним полем.

Об'єкт (від лат. *objectum* – «предмет») – у загальному значенні – те, на що спрямована певна діяльність (на противагу суб'єкту, який здійснює таку діяльність). Це те, що має стійкі і постійні ознаки, які в принципі можуть бути сприйняті усіма суб'єктами незалежно від їх індивідуальних бажань і думок.

Усю сукупність об'єктів, відомості про які може отримати людина за допомогою своїх органів чуття або використовуючи різноманітні інформаційні технології, можливо поділити на дві групи: 1) нематеріальні об'єкти – енергія, поля і випромінювання, а також які-небудь події, процеси і явища; 2) матеріальні об'єкти – ті які мають такі ознаки, як «зовнішній вигляд», «маса», «вага», «колір», «температура», «хімічний склад», «запах», «смак», «просторові координати» «час існування» і т.д. Вони також поділяються на тверді тіла (мають

¹ М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2007) 280–286; М А Погорецький, Документ в оперативно-розшуковій діяльності. *Міжнародна поліцейська енциклопедія*: у 10 т. Т. VI: Оперативно-розшукова діяльність поліції (міліції) (Київ, Атіка, 2010) 223–225.

² М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсіс ЛТД, 2007) 482–484.

форму – стійку зовнішню межу у просторі і часі) і, так звані «суцільні середовища», які не мають форми (сипкі, рідкі і газоподібні матеріали і речовини).

Тепер, маючи на увазі вищевикладене, розглянемо питання віднесення цифрової інформації до речових доказів з точки зору механізму її утворення.

По-перше, цифрова інформація, на відміну від речових доказів, являє собою нематеріальний об'єкт. Вона не є речовиною з фізичної, хімічної або біологічної точки зору і не існує якого-небудь виду матерії – субстанції інформації як матеріального об'єкта. Інформація не може бути виміряна у будь-яких фізичних одиницях, не має просторових характеристик, фізико-хімічного складу і інших властивостей матеріальних об'єктів. Крім того, механізм формування цифрової інформації визначається алгоритмом, який заданий розробником і реалізується в конкретній програмі, яка є засобом відображення фактів.

По-друге, це середовище існування речових та цифрових доказів. Для речових доказів воно аналогове, а для цифрової інформації – це середовище програмних і технічних засобів (цифрове середовище). Тут мається на увазі, що людина за допомогою своїх органів чуття сприймає аналогові сигнали, а цифрова інформація – це дискретні (цифрові) сигнали, які зберігаються на машинних носіях інформації.

Тобто, віднести цифрову інформацію до речових доказів ні за механізмом їх утворення, ні за середовищем існування неможливо.

Тепер розглянемо питання віднесення цифрової інформації до документів (у тому числі до електронних).

Частина 1 ст. 99 КПК формулює визначення документу доказу у кримінальному провадженні. Документи є спеціально створені з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані

як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження». Зазначимо, що чинний КПК прямо встановлює можливість використання в кримінальному провадженні цифрових доказів в якості документів. Так, згідно п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК документи (у тому числі електронні) до яких віднесено матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації – є процесуальними джерелами доказів (ч. 2 ст. 84 КПК). Крім того, наприкінці 2017 року до ч. 4 ст. 99 КПК були прийняті суттєві доповнення, які дозволяють використовувати в доказуванні на ряду з дублікатом документу (документом, виготовлений таким же способом, як і оригінал) і інші копії інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невід'ємних частинах, здійснені слідчим, прокурором із залученням спеціаліста, і, відповідно, визнавати судом такі копії як оригінал документу.

У традиційному письмовому документі його текст – це інформація, яка зафіксована на носії у письмовій формі (буквами, цифрами, знаками або символами), яка обмежена єдиним смисловим значенням. Цифрова інформація, яка міститься в файлі, також розглядається як цілісна сукупність (єдине ціле), обмежена єдиним функціональним, смисловим значенням. Проте, на відміну від традиційного документу, при видаленні частини файлу (хоча б одного біта інформації) він може нівелювати своє функціональне призначення.

Основним призначенням документа як матеріального об'єкта – є зберігання зафіксованої на його носії інформації, яку в подальшому може сприймати людина. Тобто, документ завжди асоціюється з матеріальним носієм. Проте для програм і файлів така вимога відсутня в принципі.

Важливо зазначити, що носієм традиційного документа є чистий аркуш

паперу. В такому первинному вигляді він не є документом оскільки на ньому ще не зафіксована документальна інформація. Згодом на ньому якимось чином наноситься інформація і аркуш паперу набуває унікальних ознак, які його відрізняють серед інших. Проте, при створенні файлу, який ще не містить ніякої інформації, будь то текст або зображення («чистий» файл), апріорі вже існує інформація про його розширення (doc, txt, rtf тощо), шлях до нього, об'єм, ім'я файлу тощо.

Отже, інформація в файлі є, проте вона не документальна, а оскільки документальна інформація відсутня, то і файл взагалі не можливо визначити як електронний документ. Проте, якщо розглядати файл електронного документу як програму особливого виду, а не як традиційний документ, то все логічно стає на свої місця.

Також, необхідно відмітити, що хоча і документи можуть копіюватися, зі збереженням свого доказового значення за певних процедурних правил, проте цей механізм не тотожний копіюванню цифрової інформації. Так, якщо перенести файл з одного логічного диску на інший, або, наприклад, в хмарне сховище чи на flash-носії, всі елементи файлу зберуться на своїх місцях (при цьому зміняться лише деякі атрибути файлу і шлях до нього) і такий файл не вважається копією первинного файлу, який теж залишився в системі.

Виходячи з вищевикладеного, відносити цифрову інформацію до документів, з точки зору їх утворення, недоцільно і помилково, оскільки, у кримінально-процесуальному законодавстві серед традиційних доказів відсутній який-небудь аналог у програм і програмного забезпечення.

Вбачаємо, що ми аргументовано довели, помилковість віднесення цифрової інформації як до речових доказів так і до документів у кримінальному процесі.

Закономірно постає питання щодо доцільності виділення цифрової інформації в окрему категорію доказів, оскільки вона відповідає всім критеріям, що відмежовують один вид доказів від інших.

Залишається вирішити, в якому вигляді (формі) цифрова інформація як джерело доказових відомостей має бути впроваджені в кримінальний процес.

Необхідно зазначити, що цифрова інформація не є новим видом кримінально-процесуальних доказів, а лише одним із джерел відомостей. Вона набуває статусу повноцінного доказу лише тоді, коли буде знайдена, а її зміст, ті чи інші властивості, ознаки, характеристики і т.п. будуть задокументовані і перетворені якимось чином в форму писемно-образотворчого документа, доступного для однозначного сприйняття всіма учасниками кримінального провадження.

Аксіоматично, що будь-які операції з цифровою інформацією, яка зафіксована на машинних носіях, відбуваються тільки з файлами (за участі людини або без неї). Тлумачний словник сучасної української мови визначає поняття «файл» як сукупність взаємопов'язаних блоків інформації, яка розпізнається комп'ютером як одне ціле¹. Державний стандарт зазначає, що файл – це інформативна одиниця, яка розглядається як єдине ціле².

Вся цифрова інформація, будь то програми і програмне забезпечення, електронні документи, бази даних, службові файли і інша цифрова інформація на машинних носіях по суті є файлами (сукупністю файлів). Тобто файл доцільно розглядати як кримінально-процесуальну форму цифрової інформації як виду доказів. У свою чергу, сам файл як єдине і виділене ціле, так само як і традиційний документ, має свій ідентифікатор (властивості, ознаки, атрибути, реквізити, за якими його можливо виділити із ма-

¹ Великий тлумачний словник сучасної української мови: 250000 VIII (Київ, Вид-во Перун, 2005) 1526.

² ДСТУ 2.051:2006 Єдина система конструкторської документації. Електронні документи. Загальні положення. <http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page?id_doc=25845> дата звернення 01.02.2023.

сиву файлів та/або знайти його на машинному носії), а саме: ім'я файлу; розширення (тип, формат) імені файлу, дата та час створення файлу, розмір (об'єм) файлу, розташування файлу в файлової системі носія (повний шлях знаходження файлу), атрибути файлу (читання, архівний, скритий, системний і т.п.).

Отже, всі види дій і маніпуляцій з цифровою інформацією, яка зафіксована на машинних носіях, як людиною так і без її участі, відбуваються тільки через використання файлів. І, по суті формою, в яку необхідно «одягти» цифрові докази є файл і машинні носії інформації, оскільки існування файлу без носія неможливе, а електронний документ – це лише окремий випадок форми існування файлу.

Таким чином, є всі підстави вважати цифрову інформацію у формі файлів і машинних носіїв інформації окремим видом доказів.

З урахуванням вищевказаного, було б доцільно викласти п. 2 ст. 84 КПК у наступній редакції: «Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів, файли та машинні носії інформації».

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що стрімкий розви-

ток цифрових технологій і, як наслідок, впровадження цифрової інформації в усі сфери суспільного і особистого життя зумовлює нагальну необхідність адаптації до цього фактору чинного кримінально-процесуального законодавства, а також пошуку оптимальних підходів щодо використання цифрової інформації у доказуванні. Нині існуюча концепція щодо класифікації видів доказів потребує доопрацювання з урахуванням особливої природи цифрових доказів (нематеріальний характер, пов'язаний з відсутністю сталого зв'язку з машинним носієм інформації; неможливість безпосереднього сприйняття та дослідження без перетворення в прийнятну для людини форму за допомогою технічних засобів та програм; специфічний порядок збирання, перевірки та оцінки). Також зазначимо, що значного вдосконалення потребує методика збирання та дослідження цифрових доказів згідно міжнародного досвіду в даній сфері діяльності. Крім того, враховуючи сучасні можливості криміналістики, необхідно підвищувати рівень обізнаності у галузі інформаційних технологій усіх осіб, які залучаються до роботи з цифровими доказами.

REFERENCE

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. DSTU2.051:2006 Yedyna systema konstruktorskoj dokumentatsii. Elektronni dokumenty. Zahalni polozhennia [Unified system of design documentation. Electronic documents. General provisions] <http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page?id_doc=25845> data zvernennia 01.02.2023 [in Ukrainian].
2. Kryminalno-protsesualnyi kodeks Ukrainy [Criminal Procedure Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy vid 28.12.1960 № 1001-05 <<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1001-05/page4>> data zvernennia 01.02.2023 [in Ukrainian].
3. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Criminal Procedural Code of Ukraine] Zakon Ukrainy vid 13.04.2012 № 4651-VI <<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> data zvernennia 05.02.2023 [in Ukrainian].
4. Ugolovno-protsesual'nyj kodeks U.S.S.R. [Criminal Procedure Code of U.S.S.R.], utverzhdenyj V.U.C.I.K. 13.09.1922 (Har'kov, 1922) [in Russian].
5. Kryminal'no-protsesual'nyj kodeks URSR [Criminal Procedure Code of U.S.S.R.] (Harkiv, Narkomjust URSR 1927) 127 [in Ukrainian].
6. Statut kryminalnoho sudochynstva 1864 roku [Statute of Criminal Justice of 1864] <<https://moodle.oa.edu.ua/mod/resource/view.php?id=555>> data zvernennia: 01.02.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

AUTHORED BOOKS

7. Dorohov V, *Obshee ponjatie dokazatel'stv v sovet'skom ugolovnom processe* [The General Concept of Evidence in Soviet Criminal Procedure] (Moskva, 1981) 196 [in Russian].
8. Fojnickij I, *Kurs ugolovnogo sudoproizvodstva*. [Course of criminal procedure] T. 2 (SPb, 1884) 583 [in Russian].
9. Ivanov N, *Dokazatel'stva i istochniki svedenij v ugolovnom processe: problemy teorii i praktiki* [Evidence and sources of information in criminal proceedings: problems of theory and practice] (Moskva, JurLitinform, 2015) 229 [in Russian].
10. Pohoretskyi M A, *Funktsionalne pryznachennia operatyvno-rozshukovoi diialnosti u kryminalnomu protsesi* [The functional purpose of investigative activity in the criminal process] (Kharkiv, Arsis LTD, 2007) 576 [in Ukrainian].
11. Pohoretskyi M A, *Dokument v operatyvno-rozshukovii diialnosti*. Mizhnarodna politseiska entsyklopediia: u 10 t. T. VI: Operatyvno-rozshukova diialnist politsii (militsii) [Document in operational and investigative activity. International police encyclopedia: in 10 vols. Vol. VI: Operative and investigative activities of the police (militia)] (Kyiv, Atika, 2010) 223–225 [in Ukrainian].
12. Shejfer S, *Dokazatel'stva i dokazyvanie po ugolovnym delam: problemy teorii i pravovogo regulirovanija: monografija* (Norma 2009) 125 [in Russian].
13. Sluचेvskij V, *Uchebnik russkogo ugolovnogo processa* [Textbook of Russian Criminal Procedure] (SPb, 1913) 683 [in Russian].
14. *Velykyi tлумachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy: 250000* [Great explanatory dictionary of the modern Ukrainian language: 250000] VIII (Kyiv, Vyd-vo Perun, 2005) 1728 [in Ukrainian].

EDITED BOOKS

15. Bilodid I (za red.), *Slovnnyk ukrainskoi movy* [Dictionary of the Ukrainian language] v 11 t. T. 1 (Kyiv, Naukova dumka) 827 [in Ukrainian].
16. Bilodid I (za red.), *Slovnnyk ukrainskoi movy* [Dictionary of the Ukrainian language: in 11 vols.] v 11 t. T. 2 (Kyiv, Naukova dumka) 547 [in Ukrainian].
17. Bilodid I (za red.), *Slovnnyk ukrainskoi movy* [Dictionary of the Ukrainian language: in 11 vols.] v 11 t. T. 11 (Kyiv, Naukova dumka) 657 [in Ukrainian].

ARTICLES

18. Pohoretskyi M A, *Dokazy u kryminalnomu protsesi* [Evidence in a criminal trial] (2003) 2 *Visnyk prokuratury* 62 [in Ukrainian].
19. Pohoretskyi M A, *Pro spivvidnoshennia dzherel faktychnykh danykh i dzherel dokaziv u kryminalnomu protsesi* [On the ratio of sources of factual data and sources of evidence in criminal proceedings] (2009) 1 *Pravo Ukrainy* 80–85 [in Ukrainian].
20. Pohoretskyi M, *Dokazy u kryminalnomu protsesi: problemni pytannia* (2011) 1 *Chasopys Natsionalnoho universytetu «Ostrozka akademiia». Seriia «Pravo»* 53 [in Ukrainian].
21. Pohoretskyi M, *Teoriia kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia: problemni pytannia* [Theory of criminal procedural evidence: problematic issues] (2014) 10 *Pravo Ukrainy* 12–25 [in Ukrainian].
22. Pohoretskyi M A, *Nova kontseptsiiia kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia* [New concept of criminal procedural evidence] (2015) 3 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva Ukrainy* 63–79 [in Ukrainian].
23. Serhieieva D, *Do vyznachennia poniattia «dokazu» za chynnym KPK Ukrainy* [To the definition of the concept of «proof» under the current CPC of Ukraine] (2011) 24 *Borotba z orhanizovanoiou zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 212–221 [in Ukrainian].
24. Shumylo M, *Iurydychna konstruktssiia dokazivu kryminalnomu provadzhenni* [Legal construction of evidence in criminal proceedings] (2018) 1 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 59–67 [in Ukrainian].
25. Tsekhan D, *Tsyfrovi dokazy: poniattia, osoblyvosti ta mistse v systemi dokazuvannia* [Digital evidence: concept, features and place in the system of proof] (2013) 5 *Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu* 256–260 [in Ukrainian].
26. Vapniarchuk V, *Shchodo stutnosti rechovykh dokaziv i vplyvu yikh spetsyfyky na zabezpechennia dopustymosti v kryminalnomu protsesualnomu dokazuvanni* [Regarding the essence of material evidence and the influence of its specificity on ensuring admissibility in criminal procedural evidence] (2015) 4 (2) *National law journal: theory and practice* 124–128 [in Ukrainian].

DISSERTATION

27. 1. Kozlovs'kij P, *Vidy dokazatel'stv v ugovnom sudoproizvodstve: jevoljucija, reglamentacija, sootnoshenie* [Types of evidence in criminal proceedings: evolution, regulation, correlation] (diss. ... kand. jur. nauk. 12.00.09, Omsk, 2013) 224 [in Russian].

28. Zigura N, *Komp'juternaja informacija kak vid dokazatel'stv v ugovnom processe* [Computer information as a type of evidence in criminal proceedings] (dis. ... kand. jurid. nauk. 12.00.09, Cheljabinsk, 2010) 234 [in Russian].

Metelev O. P.,

Doctor of Philosophy in Law (PhD),

Head of the Special Department

*Institute of Legal Training for the Security
Service of Ukraine*

Yaroslav Mudryi National Law University

ORCID ID: 0000-0003-2969-8388

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/42-53>

DIGITAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE: TYPOLOGICAL CHARACTERISTIC

Abstract. *The given article studies the development of the system of procedural evidence types with the aim to distinguish the criteria for its typological classification, as well as to define its place in the system of criminal procedural evidence, taking into account a specific artificial intangible nature of digital evidence data.*

The author of the article states that the development of information society supposes a new model of social relations, communication and respectively new approaches to solving important issues, including those within the criminal proceedings field.

Information technologies are evolving very fast so are the methods of use of digital technical means with malicious purposes, which results in a steady increase of crimes committed in cyber space.

But, the question of digital data use as the evidence is still poorly studied and not regulated enough in criminal and procedural legislation of Ukraine. In particular, the place of digital evidence in the system of procedural evidence sources has not been defined yet.

The author of the article analyses the status of scientific research related to the classification of procedural evidence types, its evolution, and raises the question of establishing a separate type of criminal procedural evidence for digital information which has a probative value.

The analysis of criminal and procedural legislation and evaluable scientific resources shows, that the existing concept of classification requires improvement bearing in mind a specific nature of digital evidence. There also have been defined the criteria for dividing procedural evidence into certain types with further grounding the necessity to classify digital evidence as a separate type due to its specific nature. It has been substantiated that it is inaccurate to refer digital evidence to both physical evidence and documents in criminal procedure. The article convincingly proves that digital data in the form of files and machine media is a separate type of evidence, and, correspondently, it is advisable to amend p.2 of Article 84 of CPC of Ukraine.

Key words: *criminal process, types of evidence, digital evidence, documents, material evidence.*

Погорецький М. А.,
доктор юридичних наук, професор,
проректор з науково-педагогічної роботи
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ORCID ID: 0000–0003–0936–0929

Лисаченко Є. І.,
доктор філософії, адвокат
ORCID ID: 0000–0003–0937–2110

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/54-73>

УДК 343.14

ВСТАНОВЛЕННЯ ДОСТОВІРНОСТІ ЦИФРОВИХ ДОКАЗІВ МІЖНАРОДНИМ КРИМІНАЛЬНИМ СУДОМ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню деяких проблемних питань оцінки цифрових доказів під час розгляду справ Міжнародним кримінальним судом.

Авторами зазначено, що у цифрову епоху нові технології та розвиток обчислювальних потужностей змінили характер потенційно релевантних доказів, які оцінюються в міжнародному кримінальному праві. Міжнародний кримінальний суд наразі має ряд проблемних питань у правозастосовній практиці під час оцінки цифрових доказів, а саме визначення достовірності вказаного виду доказів.

Метою статті визначено: (1) окреслення викликів та небезпеки поточного підходу МКС до встановлення достовірності цифрових доказів; (2) дослідження наукових підходів щодо оцінки цифрових доказів у кримінальному судочинстві; та (3) необхідність встановлення найбільш прагматичного підходу до визначення достовірності цифрових доказів у майбутньому.

У статті окреслено виклики та небезпеки поточного підходу МКС до автентифікації та верифікації цифрових доказів, досліджено дискусії серед науковців щодо окресленої проблематики, а також визначено рекомендації щодо покращення роботи Суду та його можливостей перевірки достовірності цифрових доказів.

Визначено загальний підхід МКС до прийнятності доказів, який передбачає послідовний трискладовий тест, в якому кожен з наведених нижче критеріїв має бути виконаний: 1) належність: Відповідно до статей 64(9)(а) та 69(4) Римського статуту, а також Правил процедури та залучення доказів, докази вважаються належними, якщо «надані докази роблять існування факту, що розглядається, більш-менш вірогідним». Іншими словами, докази можуть вважатися належними, якщо вони «*prima facie*» («на перший погляд») стосуються справи; 2) достатність: Під доказовою цінністю зазвичай розуміють те, чи є доказ достатньо корисним для доведення важливої частини судового процесу. По суті, доказова цінність вимірює ступінь, до якого запропонований доказ може вплинути на встановлення факту або питання. Суд повинен збалансувати доказову цінність предмета з його шкідливим впливом на обвинувачених; 3) зважування доказової цінності та преюдиціального ефекту: Відповідно до Правил 69(4) та 63(2), надані докази повинні бути «достатньо доречними та доказовими, щоб переважати будь-який преюдиціальний вплив або ефект, який може спричинити їх прийняття». Іншими словами, вага, що надається доказам, повинна повністю поважати права

всіх сторін і не бути явно несправедливою щодо сторони обвинувачення чи захисту, а також не завдавати шкоди загальній справедливості судового розгляду.

Зроблено висновок, що для подальшої ефективної роботи необхідно: (1) призначити Групу користувачів електронного суду для керівництва зусиллями з удосконалення алгоритмів і постійного розвитку питань автентифікації; (2) розширити технологічну консультативну роль Науково-консультативної ради; (3) створити регулярні тренінги та семінари для підвищення технічної компетентності суддів; і (4) підвищити прозорість діяльності Науково-консультативної ради та Групи користувачів електронного суду.

Ключові слова: Міжнародний кримінальний суд, докази, доказування, автентифікація, достовірні докази.

Постановка проблеми. У цифрову епоху нові технології та розвиток обчислювальних потужностей змінили те, як потенційно релевантні докази будуть оцінюватися в міжнародному кримінальному праві. Нові технології уможливають агрегування даних, пов'язаних зі збройним конфліктом, з широкого кола джерел, зокрема, супутникових і геопросторових зображень, систем глобального позиціонування (GPS), даних мобільних телефонів, відео, фотографій, соціальних мереж та інших інтернет-джерел¹. Міжнародний кримінальний суд («МКС» або «Суд») наразі стикнувся з викликами, пов'язаними з визначенням достовірності цифрових доказів, які набувають все більшого значення, і намагається адаптуватися до цих змін.

МКС є першим у світі постійно діючим міжнародним кримінальним судом, який займається розслідуванням і судовим переслідуванням найтяжчих злочинів, що викликають занепокоєння міжнародної спільноти: геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів, тощо. На момент створення МКС, можливо, не можна було передбачити майбутню революцію в цифрових технологіях та її вплив на діяльність Суду.

Однак понад два десятиліття потому доказові процедури Суду та процеси судового перегляду для перевірки достовірності доказів не відповідають вимогам сучасності. Хоча нові технології багато в чому обіцяють трансформувати судовий процес, пов'язаний з міжнародними злочинами, Суд наразі недостатньо підготовлений до виконання складного завдання автентифікації та перевірки цифрових доказів², що і обумовлює актуальність обраної теми дослідження.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Окремі теоретичні та практичні питання оцінки доказів у кримінальному судочинстві були предметом наукових пошуків таких вчених, як: Ю.П. Аленіна, І.В. Гловюк, В.О. Гринюка, І.Г. Івасюка, І.Г. Каланчі, О.В. Капліної, Ю.Ю. Орлова, А.І. Палюха, І.Г. Рогатюка, С.В. Свириденка, Д.Б. Сергєєвої, Х.Р. Слюсарчук, І.А. Смаль, О.С. Старенького, А.В. Столітнього, О.Ю. Татарова, А.Р. Туманянц, О.В. Фараон, В.І. Фаринника, В.Г. Хахановського, Д.М. Цехана, М.Ю. Черкова, С.С. Чернявського, А.В. Шевчишена, Л.В. Юрченко та інших. Низка робіт вказаних та інших авторів присвячена, зокрема, проблемам злочинів в кіберпросторі та їх доказуванню³. Вказані

¹ Koenig, Alexa, Emma Irving, Yvonne McDermott, and Daragh Murray, *New Technologies and the Investigation of International Crimes: An Introduction* (2021) 19 (1): 1–7 *Journal of International Criminal Justice* 14–21 <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab040>> accessed 23.04.2023.

² Koenig, Alexa, Emma Irving, Yvonne McDermott, and Daragh Murray, *New Technologies and the Investigation of International Crimes: An Introduction* (2021) 19 (1): 1–7 *Journal of International Criminal Justice* 14–21 <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab040>> accessed 23.04.2023.

³ М А Погорєцький, В П Шеломенцев, *Поняття кіберпростору як середовища вчення злочину* (2009) 2 (2) *Інформаційна безпека людини, суспільства, держави* 77–81; М А Погорєцький, В П Шеломенцев, *Кіберзлочини: до визначення поняття* (2012) 8 *Вісник прокуратури* 89–96; І А Смаль, *Проблемні аспекти застосування електронних доказів у кримінальному судочинстві* (2021) 4 *Науковий журнал «Право і суспільство»* 226–232; С С Чернявський, Ю Ю Орлов, *Електронне відображення як джерело доказів у кримінальному провадженні* (2017) 2 *Вісник кримінального судочинства* 112–124; Використання електронних (цифро-

вчені зробили значний внесок у дослідження доказів у кримінальному судочинстві України і, зокрема, визначенню достовірності електронних доказів у кримінальному провадженні. Проте, міжнародні аспекти встановлення достовірності цифрових доказів, зокрема Міжнародним кримінальним судом, було досліджено не в повній мірі, що обумовлює необхідність проведення більш ґрунтового аналізу окресленої проблематики.

Слід зазначити, що міжнародні суди, такі як МКС, вже давно намагаються оцінювати складні сфери, що знаходяться поза межами їхньої компетенції, включаючи, зокрема, криміналістику, балістику, ДНК тощо¹. Належний рівень судового контролю, який повинен здійснюватися в таких справах, залишається важливим питанням. Тому **метою цієї статті є:** (1) окреслити виклики та небезпеки поточного підходу МКС до встановлення достовірності цифрових доказів; (2) дослідити наукові підходи щодо автентифікації цифрових доказів у кримінальному судочинстві; та (3) визначити найбільш прагматичний підхід до визначення достовірності цифрових доказів у майбутньому.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Незважаючи на існування значної кількості проблемних питань, пов'язаних із поданням цифрових доказів до Суду, насамперед, з їх подальшою оцінкою, основна увага в статті буде зосереджена на визначенні достовірності цифрових доказів. Вважаємо за доцільне в межах запропонованого наукового дослідження розглянути прагматичні питання щодо того, як палатам Суду слід починати підходити

до визначення достовірності та перевірки цифрових доказів. Адже, по-перше, існують негайні та серйозні заходи, яких Суд може і повинен вжити для вдосконалення своїх процедур перевірки достовірності цифрових файлів. По-друге, хоча МКС ще не доводилося вирішувати справу, в якій цифрові докази відіграють центральну роль, це, безсумнівно, станеся в найближчому майбутньому.

Хоча нові технології багатообіцяюче трансформують судовий процес, пов'язаний з міжнародними злочинами, Суд наразі немає єдності правозастосовної практики при виконанні складного завдання з визначення достовірності та перевірки цифрових доказів.

У контексті окресленої проблематики важливо пояснити терміни, які будуть використані нами під час наукового дослідження.

Цифровий доказ (в англійській мові вживається термін «digital evidence»): а) дані, які можуть підтвердити факт скоєння злочину або можуть встановити зв'язок між злочинцем та його жертвою або злочинцем та особою, яка його вчинила (Eoghan Casey); цифрові дані, які підтверджують або спростовують гіпотезу про настання цифрових подій або про стан цифрових даних (Brian Carrier)²; б) інформація, що зберігається або передається в бінарній формі і яку можна використати в суді (визначення, запропоноване Міжнародною організацією комп'ютерних доказів)³. Слід зазначити, що в доктрині кримінального процесуального права України відсутня єдність підходів до визначення поняття досліджуваного виду доказів. Так, наявна дискусія щодо обрання найбільш точної назви таких доказів (пропонуються такі

вих) доказів у кримінальних провадженнях, метод. реком / за заг. ред. О В Корнейка. Вид. 2-ге, доп. (Київ, Вид-во Нац. акад. внутр. справ, 2020) 104; А В Столітній, І Г Каланча, Формування інституту електронних доказів у кримінальному процесі України (2019) 146 *Проблеми законності* 179–191.

¹ The Human Rights Center at the University of California, Berkeley, School of Law. 2012. "Beyond Reasonable Doubt: Using Scientific Evidence to Advance Prosecutions at the International Criminal Court." Workshop Report. <https://www.law.berkeley.edu/files/HRC/HRC_Beyond_Reasonable_Doubt_FINAL.pdf> accessed 23.04.2023.

² Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet / by Eoghan Casey; with contributions from Susan W. Brenner ... [et al.]. 3rd ed. London: Elsevier. 837 <<https://booksite.elsevier.com/9780123742681>> accessed 24.04.2023.

³ Там само.

назви, як «електронні докази», «електронно-цифрові докази», «комп'ютерні докази», «цифрові докази», «електронні відображення та ін.). Зважаючи на обмежений обсяг статті, визначення поняття та видів доказів у кримінальному процесуальному праві України не буде предметом нашого наукового дослідження. З огляду на зазначене та проведене нами дослідження саме англomовних джерел, в рамках цієї наукової статті вважаємо за необхідне використовувати термін «цифрові докази», що, на наш погляд, є найбільш релевантним до терміну «digital evidence», який використовується у правозастосовній практиці Міжнародного кримінального суду.

Автентифікація – це юридичний термін, який використовується як у сфері кібербезпеки, так і для опису процесу доведення того, що цифровий файл є справжнім, а не підробленим. По суті, автентифікація гарантує, що об'єкт, про який йде мова, є саме тим, за що він видається, і не піддавався маніпуляціям або змінам¹.

Верифікація – це процес забезпечення надійності та/або правдивості твердження або заяви в певному засобі комунікації².

Верифікація та автентифікація тісно пов'язані між собою, але відрізняються один від одного. Наприклад, автентичний цифровий файл може бути як правдивим, так і неправдивим; однак неавтентичний доказ слід вважати таким, що не підлягає перевірці, оскільки було встановлено, що цей цифровий файл був підроблений, маніпульований або змінений.

У МКС судді мають широкі повноваження приймати докази на власний

розсуд. Римський статут (далі – «Статут») є основоположним договором МКС і слугує керівним правовим документом Суду. Правила процедури та залучення доказів, що додаються до Статуту, містять додаткові деталі щодо допуску доказів та поводження з ними. Правило 63(2) зазначає: «Палата має право, відповідно до дискреційних повноважень, описаних у пункті 9 статті 64, вільно оцінювати всі подані докази з метою визначення їх належності або допустимості відповідно до статті 69»³. Іншими словами, судді мають право вирішувати будь-які питання, що виникають щодо автентичності або можливості перевірки цифрових доказів. Суд значною мірою покладається на розсуд і досвід суддів, щоб належним чином зважити прийняті докази. Такий гнучкий підхід до прийняття доказів також є наслідком обмеженості повноважень МКС. На відміну від національних кримінальних розслідувань, де правоохоронні органи можуть застосувати примус, наприклад, за допомогою приводу, отримання ордерів на обшук тощо, слідчі групи МКС не мають таких повноважень⁴.

Загальний підхід МКС до прийнятності доказів передбачає послідовний трискладовий тест⁵, в якому кожен з наведених нижче критеріїв має бути виконаний:

–Належність: Відповідно до статей 64(9)(а) та 69(4) Римського статуту, а також Правил процедури та залучення доказів, докази вважаються належними, якщо «надані докази роблять існування факту, що розглядається, більш-менш вірогідним»⁶. Іншими словами, докази можуть вважатися належними, якщо вони

¹ S Dubberley, A Koenig and D Murray, Introduction: The Emergence of Digital Witnesses. In *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1st ed. (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2020) 3–11.

² Там само

³ Rules of Procedure and Evidence. ICC, Rule 63(2) <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>> accessed 24.04.2023.

⁴ L Freeman, Lindsay. 2020. Prosecuting Atrocity Crimes with Open Source Evidence : Lessons from the International Criminal Court. In *Digital Witness : Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1st ed. (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 48–67.

⁵ N Mehandru and A Koenig, n.d. Open Source Evidence and the International Criminal Court (2019) *Harvard Human Rights Journal* <<https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/>> accessed 24.04.2023.

⁶ Case Prosecutor v. Germain Katanga. Trial Chamber II. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-

«prima facie» («на перший погляд») стосуються справи¹.

–Достатність: Під доказовою цінністю зазвичай розуміють те, чи є доказ достатньо корисним для доведення важливої частини судового процесу². По суті, доказова цінність вимірює ступінь, до якого запропонований доказ може вплинути на встановлення факту або питання³. Відповідно до статті 69(4) Статуту, доказова сила предмета повинна бути оцінена до того, як він може бути прийнятий як доказ⁴. Не існує вичерпного переліку критеріїв, за якими оцінюється доказова цінність. Натомість, «доказова сила визначається на основі низки міркувань, що стосуються невід’ємних характеристик доказів»⁵. Таким чином, Суд повинен збалансувати доказову цінність предмета з його шкідливим впливом на обвинувачених⁶.

–Зважування доказової цінності та преюдиціального ефекту: Відповідно до Правил 69(4) та 63(2), надані докази повинні бути «достатньо доречними та доказовими, щоб переважати будь-який преюдиціальний вплив або ефект, який може спричинити їх прийняття»⁷. Іншими словами, вага, що надається доказам, повинна повністю поважати права всіх сторін і не бути явно несправдливою щодо сторони обвинувачення чи захисту, а також не завдавати шкоди загальній справедливості судового розгляду⁸.

У центрі уваги цієї статті – механізми та виклики автентифікації цифрових доказів і відповідні процеси судового розгляду. Однак концепції верифікації та автентичності можуть заплутатися, коли судді починають приймати рішення про допустимість, релевантність, доказову цінність та вагу цифрових доказів.

Однією з ключових причин зближення автентичності та верифікації є гнучкий підхід МКС до допустимості доказів. У той час як Римський статут намагається збалансувати традиції романо-германського (кодіфікований правовий кодекс) і загального права (некодіфіковане і залежне від правових прецедентів) у своїй концепції справедливого судового розгляду та належної правової процедури, Суд значною мірою спирається на підхід системи романо-германського права до процедури доказування⁹. Романо-германська правова традиція, а отже, і МКС, віддає перевагу системі «максимальної гнучкості» з дуже невеликою кількістю обмежень щодо видів доказів, які можуть бути прийняті¹⁰. У МКС немає суду присяжних. На протигагу цьому, традиція загального права покладається на систе-

01/04-01/07. (2014) <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/KatangaEng.pdf>> accessed 24.04.2023.

¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Trial Chamber I, Decision on the admissibility of four documents. ICC-01/04-01/06-1399. (2008) 27-32 <<https://www.icc-cpi.int/node/29611>> accessed 24.04.2023.

² *Wex. n.d. Probative Value*. Wex Legal Information Institute (LII), Cornell Law School <https://www.law.cornell.edu/wex/probative_value> accessed 24.04.2023.

³ N Mehandru and A Koenig, *Open Source Evidence and the International Criminal Court* (2019) *Harvard Human Rights Journal* <<https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/>> accessed 24.04.2023.

⁴ Rome Statute, Art 69(4).

⁵ *Case Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. Trial Chamber II. Decision on the Prosecutor's Bar Table Motions. ICC-01/04-01/07. (2010) 13 <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/07-717>>

⁶ Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/07. (2014) 11 <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-2842>> accessed 24.04.2023.

⁷ *Case Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Trial Chamber III. Decision on the admission into evidence of items deferred in the Chamber's 'Decision on the Prosecution's Application for Admission of Materials into Evidence Pursuant to Article 64(9) of the Rome Statute. ICC-01/05-01/08. (2013) 13 <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf>> accessed 24.04.2023.

⁸ B Krzan, *Admissibility of Evidence and International Criminal Justice* (2021) 7 (1) *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 161 <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.492>> accessed 24.04.2023.

⁹ J D Jackson and J S Sarah (eds.), *The Common Law Tradition. In The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Law in Context. (Cambridge, Cambridge University Press, 2012) 30-36 <<https://doi.org/10.1017/CBO9781139093606.005>> accessed 24.04.2023.

¹⁰ B Krzan, *Admissibility of Evidence and International Criminal Justice* (2021) 7 (1) *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 161 <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.492>> accessed 24.04.2023.

му присяжних, де члени суду присяжних не повинні бути експертами в галузі права, а це означає, що є вагомі підстави обмежувати тип доказів, які допускаються до розгляду, через побоювання, що деякі з них можуть завдати надмірної шкоди обвинуваченій стороні або сторонам¹. Це не той підхід, якого дотримується МКС. Замість цього сторони подають запропоновані докази до Палати, а потім суддя розглядає прийнятність доказів. Якщо докази прийняті, суддя несе відповідальність за належну оцінку доказів, встановлення фактів у справі та застосування відповідного правового кодексу².

На практиці цей гнучкий стандарт прийнятності означає, що більшість доказів, які навіть віддалено стосуються справи, ймовірно, будуть прийняті³. Наприклад, у справі «Прокурор проти Жан-П'єра Бемба Гомбо» (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Офіс прокурора надав десять аудіозаписів радіопередач для встановлення передісторії та контексту конфлікту. Коли захист висунув заперечення проти допуску цих записів, Палата постановила, що «записи, які не були автентифіковані в суді, все ще можуть бути допущені, оскільки автентифікація в суді є лише одним із факторів, які Палата повинна враховувати при визначенні автентичності та доказової цінності об'єкта»⁴. Однак визначення допустимості будь-якого доказу не впливає на доказову силу, яку Палата надає цьому доказу⁵. Доказова сила – це відносна важливість,

яка надається прийнятому доказу при вирішенні питання про те, чи було доведено певне питання, чи ні. Таким чином, на відміну від доказової сили, достатність доказів оцінюється суддями наприкінці судового розгляду, після заслуховування всієї сукупності доказів, допущених у справі⁶. Враховуючи гнучкий підхід Суду до доказів, визначення достовірності доказів в кінцевому підсумку залишається на розсуд суддів. Це стає проблематичним при оцінці цифрових доказів.

У справі «Прокурор проти Жан-П'єра Бемба Гомбо» (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo) МКС підтвердив, що судді не зобов'язані виносити окремі рішення щодо достовірності представлених доказів⁷. Основною аргументацією Палати у цій справі було сприяння справедливому та швидкому судовому розгляду, як того вимагає стаття 64(2) Статуту⁸. Якщо предмети, що подаються на розгляд, на перший погляд є достатньо автентичними або надійними, цього достатньо для того, щоб предмет був прийнятий⁹. Однак, якщо між сторонами виникають розбіжності, автентичність доказів має бути перевірена¹⁰.

Відповідно до Регламенту Суду 26, Суд розпорядився створити «надійну, безпечну, ефективну електронну систему, яка підтримує його повсякденне судове та оперативне управління, а також провадження у справах»¹¹. Згодом було створено Єдиний технічний протокол або («Протокол електронного суду» або

¹ J D Jackson and J S Sarah (eds.), *The Common Law Tradition*. In *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Law in Context. (Cambridge, Cambridge University Press, 2012) 30-36 <<https://doi.org/10.1017/CBO9781139093606.005>> accessed 24.04.2023.

² Apple, James G. and Deyling, Robert P. 1995. *A Primer on the Civil-Law System*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center. < <https://famguardian.org/PublishedAuthors/Govt/FJC/CivilLaw.pdf>

³ B Krzan, Admissibility of Evidence and International Criminal Justice (2021) 7 (1) *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 161 <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.492>> accessed 24.04.2023.

⁴ Case Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Trial Chamber III. Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution's list of evidence. ICC-01/05–01/08. (2010) 17.

⁵ Там само, 17.

⁶ Там само, 17.

⁷ Там само, 9.

⁸ Там само, 9.

⁹ A Ashouri, B Caleb and W Cherrie, An Overview of the Use of Digital Evidence in International Criminal Courts (2014) 11 *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review* 115–27 <<https://doi.org/10.14296/deeslr.v11i0.2130>> accessed 26.04.2023.

¹⁰ Там само.

¹¹ Regulations of the Court. Regulation 26. International Criminal Court. ICC-BD/01–05–16.

«Протокол»), який слугував технічними протоколами та засобами для визначення автентичності цифрових доказів¹.

Значимо, що більша частина Протоколу про електронний суд є відносно стандартним описом угод про найменування та процедур підготовки і подання документів в електронній системі Суду. Однак, передбачені Протоколом методи автентифікації потребують подальшого ретельного вивчення.

Неспроможність Суду оновити свої застарілі та ненадійні процедури автентифікації свідчить про те, що Суд все ще вкрай недостатньо підготовлений до викликів автентифікації, з якими він стикається в цифрову епоху. Це підриває довіру до МКС та його здатність розглядати майбутні справи, в яких цифрові докази гарантовано відіграватимуть центральну роль.

На відміну від традиційних форм доказів: речових, документів, показань та висновків експертів, цифрові докази набагато більше піддаються компрометації, підробці, зміні, маніпуляціям та видаленню². Хоча підробка може бути проблемою для речових доказів, документів та показань, більшість цифрових доказів сьогодні є «народженими в цифрі», а це означає, що для визначення автентичності може не існувати аналогових документів чи обладнання. У судовому процесі проти конголезького воєначальника Томаса Лубанги було використано відеозапис, зроблений між 2002 і 2003 роками, щоб показати, що дітей, яким явно не виповнилося 15 років, вербували як солдатів і військових охоронців³. Слідчі змогли підтвердити

часові рамки відеозапису на основі специфічної форми касети VHS, на яку було записано відео⁴. Такий вид автентифікації та верифікації неможливий для відео, завантажених в Інтернеті та розміщених у соціальних мережах. Крім того, інформаційна епоха уможливила створення забрудненої інформаційної екосистеми, в якій дезінформація (навмисне поширення оманливої або неправдивої інформації) є звичним явищем⁵. Ці складнощі стосуються і даних, отриманих під час збройного конфлікту, коли обставини, що швидко змінюються, роблять автентифікацію та перевірку інформації надзвичайно складною справою.

У збройному конфлікті воюючі сторони використовують неправдиві заяви, дезінформацію на свою користь, неправильно приписуючи атаки, маніпулюючи цифровими зображеннями чи відео, а також цілеспрямовано спотворюючи контекст зображень, відео чи мови у двозначний чи оманливий спосіб. Наприклад, під час Тиграянського конфлікту в Ефіопії сторони маніпулювали зображеннями, додаючи до фотографій прапори інших країн, додаючи до зображень системи озброєння, а також публікуючи в соціальних мережах старі зображення з інших конфліктів і приписуючи їх супротивникам⁶. У 2015 році група журналістів Bellingcat провела ґрунтовне дослідження та вказала, що Міністерство оборони Росії маніпулювало геопросторовими зображеннями, пов'язаними зі збиттям рейсу МН17 Малайзійських авіаліній, включаючи зміну рельєфу місцевості, видалення присутності російської військової техніки

¹ L Freeman, and R V Llorente, Finding the Signal in the Noise: International Criminal Evidence and Procedure in the Digital Age (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 163–88 <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab023>> accessed 26.04.2023.

² Там само.

³ Ng Yvonne, How to Preserve Open Source Information Effectively." In *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1st ed., (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 143–164.

⁴ Там само.

⁵ L Freeman, and R V Llorente, Finding the Signal in the Noise: International Criminal Evidence and Procedure in the Digital Age (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 163–88 <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab023>> accessed 26.04.2023.

⁶ Ethiopia's Tigray Conflict Sparks Spread of Misinformation (2020) BBC News <<https://www.bbc.com/news/world-africa-54888234>> accessed 27.04.2023.

та приховування важливих особливостей місця падіння літака за допомогою фальшивих хмар¹. Крім того, у 2014 році вірусним стало онлайн відео під назвою «Сирійський хлопчик-герой», на якому нібито зображений молодий сирійський хлопчик, який рятує дівчинку, що опинилася в пастці під час активних бойових дій у Сирії під час громадянської війни. Відео було поширене кількома провідними засобами масової інформації, включаючи BBC, і отримало подальше поширення в соціальних мережах. Однак пізніше з'ясувалося, що відео було знято на зйомках фільму «Гладіатор» норвезьким режисером².

Сприйнятливість до поширення неправдивої інформації авторитетними ЗМІ є значним викликом для МКС. На ранніх стадіях судового розгляду судді можуть заслуховувати докази, отримані з повідомлень ЗМІ, які вважаються легітимними, таких як BBC та New York Times, щоб визначити контекст або допомогти встановити достовірність інших доказів. Хоча судді можуть зважувати доказову цінність повідомлень ЗМІ, що знаходяться в «нижній частині ланцюжка доказів», ці ЗМІ допомагають формувати домінуючий нарратив, пов'язаний з міжнародними злочинами, ризикуючи закріпити потенційно оманливу або неправдиву інформацію в свідченнях очевидців, слідчих і суддів³. Неправдиві факти можуть

мати серйозні наслідки в правовій сфері. У кримінальних провадженнях недостовірна інформація може призвести до неправомірних вироків, незасудження винних у скоєнні тяжких злочинів та інших серйозних судових помилок⁴. З огляду на величезну кількість потенційно важливих даних, що генеруються під час збройного конфлікту в цифрову епоху, ніколи ще не було так важливо і складно відрізнити, яка інформація є правдивою, а яка – фейковою.

Ще однією суттєвою проблемою для автентифікації та перевірки цифрових доказів є часові рамки багатьох міжнародних кримінальних справ. Більшість міжнародних кримінальних процесів розпочинаються лише через роки або десятиліття після того, як були зібрані первинні цифрові докази. Це означає, що ризики втрати даних та/або маніпуляцій з ними з часом значно зростають⁵. Брюстер Кале, засновник Internet Archive, підрахував, що середня тривалість життя веб-сторінки становить дев'яносто два дні⁶. Гіперпосилання можуть «згнивати», веб-сторінки видаляються, апаратне забезпечення виходить з ладу або застаріває, і інформація може бути втрачена назавжди⁷. Контент на платформах соціальних мереж завжди ризикують бути видаленим алгоритмами машинного навчання за порушення умов надання послуг, особливо при документуванні

¹ E Higgins, New July 17th Satellite Imagery Confirms Russia Produced Fake MH17 Evidence (2015) *Bellingcat* <<https://www.bellingcat.com/news/uk-and-europe/2015/06/12/july-17-imagery-mod-comparison/>> accessed 27.04.2023.

² Y McDermott, A Koenig and D Murray, Open Source Information's Blind Spot: Human and Machine Bias in International Criminal Investigations (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 85–105 <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab006>> accessed 27.04.2023.

³ Y McDermott, D Murray and A Koenig, Digital Accountability Symposium: Whose Stories Get Told, and by Whom? Representativeness in Open Source Human Rights Investigations (2019) *Opinio Juris* <<http://opiniojuris.org/2019/12/19/digital-accountability-symposium-whose-stories-get-told-and-by-whom-representativeness-in-open-source-human-rights-investigations/>> accessed 27.04.2023.

⁴ L Freeman, Prosecuting Atrocity Crimes with Open Source Evidence : Lessons from the International Criminal Court. In *Digital Witness : Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1 (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 48-67 <<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law/9780198836063.001.0001/law-9780198836063-chapter-4>> accessed 27.04.2023.

⁵ A Koenig, E Irving, Y McDermott, and D Murray, New Technologies and the Investigation of International Crimes: An Introduction (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 1–7 <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab040>> accessed 27.04.2023.

⁶ F Carlson, Internet History Is Fragile. This Archive Is Making Sure It Doesn't Disappear (2017) *PBS NewsHour* <<https://www.pbs.org/newshour/show/internet-history-fragile-archive-making-sure-doesnt-disappear>> accessed 27.04.2023.

⁷ Там само.

серйозних порушень прав людини, які можуть містити насильницький контент¹. У відео для New York Times сирійський активіст Хаді Аль-Хатіб звернувся до таких платформ, як YouTube і Facebook, із закликом удосконалити системи модерації контенту після того, як у 2017 році десять відсотків архіву, що документує насильство під час громадянської війни в Сирії, а це десятки тисяч відеороликів, було втрачено внаслідок автоматичного видалення YouTube². Ризики втрати даних зменшують здатність МКС виконувати свої основні судові функції. Без доступу до критично важливих доказів Суд ризикує уможливити передчасні виправдувальні вироки, фальшиві звинувачення або інші втрачені можливості для забезпечення підзвітності та правосуддя.

Використання криптографії для автентифікації цифрових доказів також не є статичним завданням, оскільки галузеві стандарти автентифікації сьогодні можуть швидко застаріти в майбутньому³. Алгоритми шифрування прив'язані до технологічної складності та відомих векторів атак на момент їх написання, а це означає, що з часом ці алгоритми можуть бути скомпрометовані новими способами, не підтримуватися виробником або бути незахищеними з інших причин⁴. МКС наразі використовує алгоритм шифрування під назвою MD5, який свого часу був широко поширений, але відтоді став небезпечно застарілим і вразливим⁵.

Перевірка цифрових доказів також вимагає розуміння того, як культур-

ний і соціальний контекст змінюється з часом. Яскравим прикладом того, наскільки важливим може бути розуміння контексту, є переслідування Міжнародним кримінальним трибуналом по Руанді (МКТР) справи «Прокурор проти Жан-Поля Акайесу» щодо геноциду в Руанді⁶. Під час розгляду справи палата МКТР зазначила, що руандійські свідки часто неохоче або взагалі не бажали прямо стверджувати, що слово «cockroach» офіційною місцевою мовою означає «тарган»⁷. Лінгвістичні експерти допомогли Суду зрозуміти, що слово «cockroach», звичайне значення якого – «тарган», з часом набуло образливого відтінку, прикріпивши слово «тарган» до всього народу тутсі⁸. Не знаючи контексту, що це слово було використано для підбурювання до геноциду проти тутсі в 1990-х роках, Палата упустила б важливий компонент справи. У цифрову епоху неймовірна швидкість, з якою розвиваються норми і закодована мова в Інтернеті, означає, що соціальний і часовий контекст цифрового контенту, який потенційно може мати відношення до справи МКС, може бути легко пропущений або неправильно зрозумілий.

Меми також відіграють важливу роль у комунікації та створенні культурних наративів навколо чутливих геополітичних питань і, що важливо, про війну. Наприклад, на початку 2020 року, після вбивства Сполученими Штатами, Касема Сулеймані, соціальними мережами швидко поширилися меми,

¹ A Koenig, E Irving, Y McDermott, and D Murray, *New Technologies and the Investigation of International Crimes: An Introduction* (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 1–7 <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab040>> accessed 27.04.2023.

² H Al Khatib and D Kayyali, *Video: Opinion | YouTube Is Erasing History* (2019) *The New York Times* <<https://www.nytimes.com/video/opinion/10000006702129/syria-youtube-content-moderation.html>> accessed 27.04.2023.

³ K Moriarty, *Why Are Authentication and Authorization So Difficult?* (2021) *Center for Internet Security* <<https://www.cisecurity.org/blog/why-are-authentication-and-authorization-so-difficult/>> accessed 27.04.2023.

⁴ S Murrow, *Security Risks of Outdated Encryption: Is Your Data Really Secure?* (2020) *Infosec Resources* <<https://resources.infosecinstitute.com/topics/cryptography/security-risks-of-outdated-encryption-is-your-data-really-secure/>> accessed 27.04.2023.

⁵ X Wang and H Yu, *How to Break MD5 and Other Hash Functions*. *Advances in Cryptology – EUROCRYPT 2005 : Conference. Lecture Notes in Computer Science*, vol 3494 (Springer, Berlin, Heidelberg) <https://doi.org/10.1007/11426639_2> accessed 27.04.2023.

⁶ *Case Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*. Chamber I. “Judgment.” ICTR-96-4-T. (1998) <<https://www.refworld.org/cases,ICTR,40278fbb4.html>> accessed 27.04.2023.

⁷ Там само.

⁸ Там само.

які висловлювали занепокоєння щодо потенційної війни між Іраном і США та перспективи військового призову¹. Дослідник соціальних мереж і професор Мічиганського державного університету Салім Алхабаш сказав Vox в інтерв'ю 2020 року: «У будь-якій політичній напруженості – місцевій, регіональній, національній чи глобальній – соціальні мережі є частиною війни. І це те, що слід шукати в будь-якій майбутній кризі»². На платформах соціальних мереж зростає явище «algospeak» змінює значення звичайних слів і те, як користувачі спілкуються на делікатні або насильницькі теми. Термін «algospeak», запропонований журналісткою Тейлор Лоренц, означає кодові слова або фрази, які користувачі використовують для того, щоб обійти алгоритми модерації контенту³. Користувачі, особливо в TikTok, зазвичай використовують такі слова, як «неживий» замість «мертвий» або «С.Н.» замість «сексуальне насильство», щоб уникнути видалення або зниження рейтингу контенту⁴. Зміни у формулюваннях, що стосуються чутливого або насильницького онлайн-контенту, є дуже важливими для Суду. Ці зміни можуть мати значний вплив на здатність суддів давати повну і точну оцінку достовірності цифрових доказів⁵. Якщо судді не зможуть перевірити твердження щодо цифрового контенту через нерозуміння значення або контексту доказів,

вони можуть втратити значні можливості для правосуддя.

Нарешті, технологічні стрибки в обчислювальних потужностях і зберіганні даних, безсумнівно, триватимуть. За оцінками Всесвітнього економічного форуму, до 2025 року світ генеруватиме приблизно один мільярд гібайтів щодня⁶. Щоб уявити це в перспективі, сукупність доказів Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (МТКЮ) створила безпрецедентні 8 мільйонів сторінок документів, пов'язаних з конфліктом⁷. Лише за вісім тижнів війни в Україні у 2022 році архівисти некомерційної організації Mnemonic зібрали та перевірили понад 500 000 відео⁸. Величезний обсяг даних, створених у цифрову епоху, створює значні виклики для слідчих МКС, яким необхідно збирати, автентифікувати, перевіряти та зберігати потенційно релевантні дані, які є дуже мінливими та вразливими. З огляду на це колосальне завдання, важливо, щоб Суд зробив усе можливе для забезпечення цілісності і безпеки цифрових доказів.

Ще однією значною зміною в автентифікації цифрових доказів є зростаюча практика розслідувань з відкритих джерел. Інформація з відкритих джерел – це «загальнодоступна інформація, яку будь-який представник громадськості може спостерігати, купувати або запитувати, не вимагаючи спеціального пра-

¹ A Romano, World War 3 Memes as Therapy: Coping with War and Crisis through Memes – Vox (2020) Vox <<https://www.vox.com/2020/1/17/21065113/world-war-3-memes-iran-2020-saleem-alhabash-interview>> accessed 27.04.2023.

² A Romano, World War 3 Memes as Therapy: Coping with War and Crisis through Memes – Vox (2020) Vox <<https://www.vox.com/2020/1/17/21065113/world-war-3-memes-iran-2020-saleem-alhabash-interview>> accessed 27.04.2023.

³ T Lorenz, Internet 'Algospeak' Is Changing Our Language in Real Time, from 'Nip Nops' to 'Le Dollar Bean' (2022) *Washington Post* <<https://www.washingtonpost.com/technology/2022/04/08/algospeak-tiktok-le-dollar-bean/>> accessed 27.04.2023.

⁴ Там само.

⁵ A Cole, Technology for Truth: The Next Generation of Evidence (2015) *International Justice Monitor* <<https://www.ijmonitor.org/2015/03/technology-for-truth-the-next-generation-of-evidence/>> accessed 27.04.2023.

⁶ J Desjardins, How Much Data Is Generated Each Day? (2019) *World Economic Forum* <<https://www.weforum.org/agenda/2019/04/how-much-data-is-generated-each-day-cf4bddf29fi/>> accessed 27.04.2023.

⁷ ICTY - UNICRI. 2009. ICTY Manual on Developed Practices. Turin, Italy: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI) <<https://www.icty.org/>> accessed 27.04.2023.

⁸ I Lovett and N Ojewski, Citizens' Images of Potential War Crimes in Ukraine Flood the Internet, but Might Not Hold Up in Court (2022) *WSJ* <<https://www.wsj.com/articles/citizens-images-of-potential-war-crimes-in-ukraine-flood-the-internet-but-might-not-hold-up-in-court-11651311001>> accessed 27.04.2023.

вового статусу або несанкціонованого доступу»¹. Розслідування з відкритих джерел використовують інформацію з відкритих джерел для отримання критично важливої інформації та збору потенційних доказів².

Традиційно МКС покладався на інформацію з відкритих джерел щодо конкретного конфлікту зі звітів, складених міжнародними та неурядовими організаціями (НУО). Однак Суд дедалі частіше критикує надмірну залежність від звітів НУО, які, на думку суддів, не мають достатньої доказової сили³. Розчарування досягло апогею у справі «Прокурор проти Гбагбо», коли слідчі представили звіти НУО, ООН та новин, засновані на значній кількості анонімних чуток, не вживши жодних додаткових слідчих дій для підтвердження їхньої достовірності та правдивості⁴. Палата зазначила, що, хоча ці звіти та новини допомагають встановити контекст, «такі докази жодним чином не можуть бути представлені як результати повного та належного розслідування»⁵.

Таким чином, розслідування з відкритих джерел відкривають значні перспективи для більш плідного збору інформації та доказів. Розслідування з відкритих джерел дозволяють різним представникам громадянського суспільства відігравати активну роль у зборі, розслідуванні та аналізі цифрових доказів. Це відкриває

нові двері до правосуддя для жертв масових звірств завдяки інноваційним методам і засобам отримання доказів і підтвердження свідчень свідків⁶. 2015 року дослідники з Amnesty International використали супутникові знімки Google Earth, щоб визначити точне місце розташування масового поховання в Бурунді, зафіксоване на створеному користувачем відео і підтвержене свідченнями очевидців. Ці докази спростували офіційні урядові наративи, які применшували або заперечували позасудові державні вбивства – подвиг, який був би неможливий без інформації з відкритих джерел⁷.

Переваги нових методів і джерел розслідування з відкритих джерел очевидні. Останнім часом були зроблені обнадійливі кроки в напрямку професіоналізації розслідувань за допомогою відкритих джерел для документування порушень прав людини. У 2017 році Атлантична рада розробила інноваційні методи з використанням відкритих джерел для документування облоги Алеппо, Сирія⁸. Нещодавно ці методи були використані для аналізу російської тактики облоги, що застосовувалася під час російських атак на українське місто Маріуполь⁹. Мабуть, найбільш помітним є те, що у 2020 році Беркліський протокол про цифрові розслідування з використанням відкритих джерел створив стандарти та практичні рекомендації для практиків

¹ Beyond Reasonable Doubt: Using Scientific Evidence to Advance Prosecutions at the International Criminal Court. Workshop Report (2012) The Human Rights Center at the University of California, Berkeley, School of Law <https://www.law.berkeley.edu/files/HRC/HRC_Beyond_Reasonable_Doubt_FINAL.pdf> accessed 27.04.2023.

² Там само.

³ L Freeman, Prosecuting Atrocity Crimes with Open Source Evidence : Lessons from the International Criminal Court. In *Digital Witness : Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1 (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2020) 48–67 <https://www.academia.edu/95425352/Prosecuting_Atrocity_Crimes_with_Open_Source_Evidence_Lessons_from_the_International_Criminal_Court> accessed 27.04.2023.

⁴ Там само.

⁵ Case Prosecutor v. Laurent Gbagbo. ICC. Pre-Trial Chamber I. “Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute.” ICC-02/11-01/11 (2013) <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/11-01/11-656-red-0>> accessed 27.04.2023.

⁶ A Cole, Technology for Truth: The Next Generation of Evidence (2015) *International Justice Monitor* <<https://www.ijmonitor.org/2015/03/technology-for-truth-the-next-generation-of-evidence/>> accessed 27.04.2023.

⁷ C Koettl, D Murray and S Dubberley, Open Source Investigation for Human Rights Reporting : A Brief History. In *Digital Witness : Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1st ed. (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 12–31.

⁸ M Czuperski, E Beals, F Itani, B Nimmo, and E Higgins. Breaking Aleppo (2017) *Washington: Atlantic Council*. <<https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/breaking-aleppo/>> accessed 27.04.2023.

⁹ J Hendrix, Ukraine May Mark a Turning Point in Documenting War Crimes (2022) *Just Security* <<https://www.justsecurity.org/80871/ukraine-may-mark-a-turning-point-in-documenting-war-crimes/>> accessed 28.04.2023.

щодо належного та етичного отримання та використання відкритої інформації¹. Однак з появою великої кількості нових учасників розслідувань з використанням відкритих джерел зростає занепокоєння щодо їхньої надійності, цілісності та автентичності². Багато інновацій у розслідуванні з використанням відкритих джерел були започатковані суб'єктами поза межами правового поля³. Журналісти, активісти та члени громадянського суспільства не мають належної підготовки щодо стандартів доказування і можуть ненавмисно підрвати зусилля слідства з отримання потенційних доказів⁴. Тому МКС повинен оцінювати інформацію з відкритих джерел з обережністю та скептицизмом, враховуючи, які суб'єкти беруть участь у розслідуванні, які технології вони використовують, а також можливості для підробок і маніпуляцій з цифровими доказами⁵.

МКС вже почав розглядати питання про те, як оцінювати цифрові докази у двох відомих справах – Аль-Махді та Аль-Верфаллі⁶.

У справі Аль-Махді відео з інтернету разом із супутниковими знімками були

використані для висунення звинувачень проти ймовірного члена «Аль-Каїди» Ахмада Аль-Факі Аль-Махді у знищенні об'єктів культурної спадщини в Тімбукту, Малі⁷. Однак, оскільки обвинувачений визнав свою провину, автентичність доказів ніколи не ставилася під сумнів, а також не було викликано жодного технічного експерта-свідка, який би дав свідчення щодо представлених цифрових доказів⁸. Аналогічно, у справі 2017 року «Прокурор проти Махмуда Мустафи Бусифа аль-Верфаллі» суд значною мірою покладався на кілька відео, розміщених у Facebook, щоб видати ордер на арешт високопоставленого лівійського офіцера, майора Махмуда Мустафи Бусифа аль-Верфаллі, за вбивство 33 осіб⁹. Аль-Верфаллі наразі не перебуває під вартою МКС, тому ефект від запровадження доказів з соціальних мереж ще належить побачити. Справи аль-Махді та аль-Верфаллі демонструють готовність судів оцінювати цифрові докази у суттєво новий спосіб. У випадку з Аль-Верфаллі справи, ймовірно, взагалі не було б, якби не відеозаписи ймовірних злочинів, розміщені у Facebook¹⁰. Хоча цифрові докази

¹ The Human Rights Center, University of California, Berkeley, School of Law and United Nations High Commissioner for Human Rights. 2020. "Berkeley Protocol on Digital Open Source Investigation: A Practical Guide on the Effective Use of Digital Open Source Information in Investigating Violations of International Criminal, Human Rights and Humanitarian Law." 2020. Advanced Version HR/PUB/20/2. New York and Geneva <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/OHCHR_BerkeleyProtocol.pdf> accessed 28.04.2023.

² J Hendrix, Ukraine May Mark a Turning Point in Documenting War Crimes (2022) *Just Security* <<https://www.justsecurity.org/80871/ukraine-may-mark-a-turning-point-in-documenting-war-crimes/>> accessed 28.04.2023.

³ L Freeman, Prosecuting Atrocity Crimes with Open Source Evidence : Lessons from the International Criminal Court. In *Digital Witness : Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1 (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 48–67.

⁴ J Hendrix, Ukraine May Mark a Turning Point in Documenting War Crimes (2022) *Just Security* <<https://www.justsecurity.org/80871/ukraine-may-mark-a-turning-point-in-documenting-war-crimes/>> accessed 28.04.2023.

⁵ The Human Rights Center, University of California, Berkeley, School of Law and United Nations High Commissioner for Human Rights. 2020. "Berkeley Protocol on Digital Open Source Investigation: A Practical Guide on the Effective Use of Digital Open Source Information in Investigating Violations of International Criminal, Human Rights and Humanitarian Law." 2020. Advanced Version HR/PUB/20/2. New York and Geneva <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/OHCHR_BerkeleyProtocol.pdf> accessed 28.04.2023.

⁶ L Freeman and R V Llorente, Finding the Signal in the Noise: International Criminal Evidence and Procedure in the Digital Age (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 163–88. <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab023>> accessed 28.04.2023.

⁷ S Zarmsky, Why Seeing Should Not Always Be Believing: Considerations Regarding the Use of Digital Reconstruction Technology in International Law (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 213–25. <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab048>> accessed 28.04.2023.

⁸ Там само.

⁹ L Freeman and R V Llorente, Finding the Signal in the Noise: International Criminal Evidence and Procedure in the Digital Age (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 163–88. <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab023>> accessed 28.04.2023.

¹⁰ L Freeman, Prosecuting Atrocity Crimes with Open Source Evidence : Lessons from the International Criminal Court. In *Digital Witness : Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and*

ще не відігравали центральної ролі в остаточному рішенні МКС, ці дві справи демонструють, що ця зміна неминуча¹.

Хоча МКС, безумовно, має багато викликів, пов'язаних з оцінкою цифрових доказів, Суд має потенціал для вирішення деяких з них шляхом перепрофілювання або перенаправлення наявних ресурсів та підвищення прозорості своїх процедур, пов'язаних з автентифікацією цифрових доказів. Такі рекомендації не закликають до радикальної перебудови основних обов'язків Суду, а також не мають на меті переважити і без того обмежену в ресурсах організацію. Однак ці рекомендації значною мірою сприятимуть усуненню недоліків нинішніх процедур цифрової автентифікації Суду.

Безпосереднє і нагальне занепокоєння викликає продовження використання Судом вкрай небезпечного і застарілого алгоритму цифрових підписів MD5. Ризики, пов'язані зі слабкою криптографією, наразі недостатньо добре усвідомлені Судом. Наслідки витоку даних, знищення або маніпуляції з цифровими доказами Суду будуть серйозними. Втрата конфіденційної інформації може поставити під загрозу життя потерпілих, свідків та слідчих. Крім того, витік, пошкодження або знищення даних загрожуватиме основній функції Палати – забезпеченню справедливого та швидкого судового розгляду². Той факт, що МКС взагалі вимагає цифрових підписів, свідчить про те, що на певному рівні Суд визнає важливість цілісності та безпеки даних. Метою криптографії є захист конфіденційності, автентичності та цілісності

цифрової інформації – функцій, які мають вирішальне значення для виконання завдань Суду³. Тому вкрай важливо, щоб МКС надавав пріоритет надійним стандартам криптографії для захисту своєї електронної системи подання заяв.

Міжнародні органи зі стандартизації, такі як Міжнародна організація зі стандартизації (ISO), Інститут інженерів з електротехніки та електроніки (IEEE) та Робоча група з питань інтернет-технологій (IETF), могли б запропонувати рекомендації, оскільки вони регулярно публікують актуальні списки безпечних алгоритмів, що використовуються організаціями в усьому світі. Як зазначалося раніше, Суд повинен працювати над впровадженням протоколів для досягнення гнучкості алгоритмів, мігруючи від одного набору алгоритмів до іншого в міру того, як криптографічні алгоритми стають слабкими або застарілими. Досягнення цієї мети узгоджувалося б з однією з МКС у Стратегічному плані Суду на 2019–2021 роки: «покращення організаційної діяльності», а конкретніше – «подальше зміцнення професіоналізму, відданості та добросовісності в усіх видах діяльності Суду»⁴.

IETF пропонує розробникам протоколів використовувати «модульну» схему реалізації, що означає, що протокол може легко пристосовуватися до нових алгоритмів або наборів алгоритмів і безперешкодно виводити з експлуатації старі алгоритми⁵. Група користувачів електронного суду МКС може стати відповідним внутрішнім органом для виконання цього завдання. Група користувачів електронного суду була створена

Accountability, 1 (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 48–67.

¹ L Freeman and R V Llorente, Finding the Signal in the Noise: International Criminal Evidence and Procedure in the Digital Age (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 163–88. <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab023>> accessed 28.04.2023.

² Rome Statute, Article 64(2).

³ A F Johnson and L I Millett (eds.), *Cryptographic Agility and Interoperability: Proceedings of a Workshop*. In *Forum on Cyber Resilience: Workshop Series* (The National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, Washington, D.C., The National Academies Press, 2017) <<https://doi.org/10.17226/24636>> accessed 28.04.2023.

⁴ Strategic Plan 2019-2021. International Criminal Court. 2019 <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20190717-icc-strategic-plan-eng.pdf>> accessed 28.04.2023.

⁵ R Housley, Guidelines for Cryptographic Algorithm Agility and Selecting Mandatory-to-Implement Algorithms." BCP 201, RFC 7696, DOI 10.17487/RFC7696 Internet Engineering Task Force, 2015 <<https://www.rfc-editor.org/info/rfc7696>> accessed 28.04.2023.

для того, щоб дозволити користувачам збиратися та обговорювати практичні питання, пов'язані з функціонуванням електронного суду¹. Роль групи користувачів у вирішенні цих питань може бути двоякою. По-перше, група користувачів може допомогти Суду прийняти рішення щодо вибору найкращого алгоритму (алгоритмів) криптографії на основі міжнародних стандартів та потреб МКС. По-друге, вони могли б колективно домовитися про те, як найкраще досягти алгоритмічної гнучкості у спосіб, який є найменш витратним і не порушує роботу всіх сторін, особливо сторін з обмеженими ресурсами або технічними можливостями. У більш широкому розумінні, протокол електронного суду повинен систематично перевірятися експертами з кібербезпеки на наявність інших вразливостей та переглядатися, щоб бути незалежним від постачальника, тобто не надавати перевагу жодному конкретному програмному чи апаратному рішенню у разі виявлення в майбутньому вразливостей кібербезпеки в конкретних програмах². Гнучкість алгоритмів важлива не лише для належного захисту високочутливих даних, але й для посилення здатності суддів ефективно вирішувати розбіжності щодо автентичності та достовірності цифрових доказів.

Існує очевидна і значна потреба в підвищенні технологічної грамотності в МКС. Для суддів це має включати базові знання про безпеку даних, метадані, зберігання даних, цифрову криміналістику і те, як технології впливають на ступінь достовірності цифрових доказів. Стаття 7(3) Кодексу суддівської етики Суду говорить: «Судді повинні вжи-

вати розумних заходів для підтримання та вдосконалення знань, навичок та особистих якостей, необхідних для роботи на посаді судді»³. Судді в багатьох юрисдикціях загалом визнають необхідність «безперервної суддівської освіти»⁴. Професійний розвиток є нормою в багатьох інших країнах та вищих судах⁵. У Незалежному експертному огляді Заключного звіту МКС та Римського статуту, опублікованому в 2020 році, експерти рекомендують суддям використовувати щорічні виїзні засідання МКС як відповідну точку для запровадження програми професійного розвитку⁶. Окрім того рекомендовано провести низку заходів у Гаазі, де судді зможуть поспілкуватися з експертами з міжнародного права та інших професій «для обговорення питань, що становлять інтерес для розвитку їхніх професійних, наукових і культурних знань, навичок і досвіду»⁷.

Ці рекомендації можуть зустріти опір з боку деяких суддів. Деякі судді можуть вважати безперервну освіту надмірно обтяжливою для їхнього часу або навіть такою, що принижує їхні повноваження, знання чи навички як провідних експертів у галузі міжнародного права⁸. Але мета безперервної освіти суддів жодним чином не полягає в тому, щоб поставити під сумнів добросесність або авторитет суддів. Навпаки, безперервна освіта суддів повинна розглядатися як важливий інструмент підвищення компетентності для забезпечення належного відправлення правосуддя. З огляду на значні технологічні виклики, з якими стикається Суд у цифрову епоху, для суддів як ніколи важливо бути обізнаними з технологічними концепціями. Судді мають

¹ M Dillon and D Beresford, *Electronic Courts and the Challenges in Managing Evidence. A View From Inside The International Criminal Court* (2014) 6 (1) *International Journal for Court Administration* 29–36. <<https://doi.org/10.18352/ijca.132>> accessed 28.04.2023.

² K Moriarty, *Why Are Authentication and Authorization So Difficult?* (2021) *Center for Internet Security* <<https://www.cisecurity.org/blog/why-are-authentication-and-authorization-so-difficult/>> accessed 28.04.2023.

³ Code of Judicial Ethics. International Criminal Court. Article 7(2). ICC-BD/02–01–05.

⁴ Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System Final Report. 2020 <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf> accessed 28.04.2023.

⁵ Там само.

⁶ Там само.

⁷ Там само.

⁸ Там само.

вирішальне слово у визначенні автентичності цифрових доказів. Тому вони є найбільшою надією і найслабшою ланкою у забезпеченні належного вирішення спорів щодо автентичності. З цих причин судді повинні підвищувати свою базову грамотність щодо автентифікації цифрових доказів.

Підвищення технологічної грамотності суддів вимагає перегляду найбільш перспективних ресурсів, які можуть допомогти Суду в цьому. У 2014 році МКС створив Науково-консультативну раду МКС, до складу якої увійшла міжнародна група експертів-криміналістів зі спеціалізованих наукових організацій для надання допомоги в слідчій та прокурорській роботі¹. Відповідно до прес-релізів МКС, Рада зустрічається раз на рік з Офісом прокурора і готує щорічний звіт, в якому обговорюються наукові пріоритети Офісу прокурора². Однак, як видається, ці щорічні звіти не є доступними для громадськості, а також МКС не публікує загальну інформацію про Раду та її діяльність.

Хоча Суд заснував Науково-консультативну раду, незрозуміло, чи скликав він коли-небудь групу експертів для розробки керівних принципів щодо соціальних мереж і відеодоказів. У прес-релізі 2020 року, присвяченому щорічній зустрічі Науково-консультативної ради, МКС оприлюднив список з одинадцяти організацій, які брали участь у щорічній зустрічі. З них вісім були міжнародними або регіональними судово-експертними організаціями, дві – організаціями судової медицини, а одна, Європейський центр боротьби з кіберзлочинністю Європолу, спеціалізувалася на кіберзлочинності³. Хоча, без сумніву, існує вели-

ка потреба в судово-медичній експертизі в МКС, надмірне представництво судово-медичних наук свідчить про те, що Рада не зосереджена на просуванні або вирішенні технологічних питань. Враховуючи нагальну потребу в рекомендаціях щодо цифрових доказів, Рада повинна розглянути можливість розширення своєї консультативної ролі в галузі технологій, пропонуючи Суду експертизу та найкращі практики використання цифрових доказів. На жаль, Рада збирається лише раз на рік. Таким чином, хоча ресурси Ради можуть бути дуже корисними для надання загальних рекомендацій Суду, вона не підходить для надання консультацій з технологічних питань на терміновій або регулярній основі.

Група користувачів електронного суду МКС може бути більш підходящим ресурсом для консультування з питань, пов'язаних з автентифікацією цифрових доказів.

Проте, у відкритому доступі дуже мало інформації про діяльність Групи користувачів. Залишається незрозумілим, хто кваліфікується як «користувач» для участі в діяльності Групи користувачів⁴.

МКС також має розглянути можливість вжити заходів для підвищення прозорості функцій і діяльності Науково-консультативної ради та Групи користувачів електронного суду. Мало користі від того, що щорічні звіти Ради є недоступними для громадськості. Більша прозорість дозволила б дослідникам і технологам відігравати більш активну роль у вдосконаленні роботи Суду.

З огляду на результати проведеного аналізу, МКС з метою реалізації своїх завдань в епоху стрімкої цифровізації має провести ряд заходів щодо удосконалення роботи з доказами, зокрема: (1)

¹ The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Establishes a Scientific Advisory Board (2014) *International Criminal Court* <<http://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-international-criminal-court-establishes-scientific-advisory-board>> accessed 28.04.2023.

² The Scientific Advisory Board of the Office of the Prosecutor holds 7th annual meeting (2020) *International Criminal Court* <<http://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-international-criminal-court-establishes-scientific-advisory-board>> accessed 28.04.2023.

³ Там само.

⁴ M Dillon and D Beresford, Electronic Courts and the Challenges in Managing Evidence. A View From Inside The International Criminal Court (2014) 6 (1) *International Journal for Court Administration* 29–36 <<https://doi.org/10.18352/ijca.132>> accessed 28.04.2023.

призначити Групу користувачів електронного суду для керівництва зусиллями з удосконалення алгоритмів і постійного розвитку питань автентифікації; (2) розширити технологічну консультативну роль Науково-консультативної ради; (3) створити регулярні тренінги та семінари для підвищення технічної компетентності суддів; і (4) підвищити прозорість діяльності Науково-консультативної ради та Групи користувачів електронного суду. Ці кроки значно підвищать легітимність та авторитет методів автентифікації та перевірки цифрових доказів у Суді.

Висновки. Взаємодія МКС з цифровими доказами почалася, коли він заявив про свою готовність розглянути нові форми цифрових доказів у справах Аль-Махді та Аль-Верфаллі¹. Однак Суд недостатньо адаптувався до унікальних викликів, які цифрові докази ставлять перед автентифікацією та верифікацією, зокрема основний механізм автентифікації цифрових файлів, передбачений Протоколом електронного суду, криптографічно вразливий. Швидкий розвиток технологій, забруднене інформаційне середовище та величезні обсяги вразливих, швидкоплинних і чутливих до часу даних означають, що суперечки щодо автентичності цифрових доказів є неминучими. Нові форми

цифрових доказів підвищують рівень сумнівів щодо їхньої автентичності та перевірки, порушуючи серйозні питання про те, як МКС має найкраще підходити до складних технологічних сфер і що має передбачати судовий розгляд за таких обставин.

МКС не повинен бути паралізований страхом і невпевненістю перед новими технологіями і методами цифрової автентифікації. Як мінімум, криптографічний стандарт цифрової автентифікації файлів має бути замінений на надійну програму цифрового підпису, а протокол електронного суду має систематично перевірятися на наявність інших вразливостей. Ці попередні заходи, на наш погляд, значною мірою сприятимуть тому, що МКС буде краще підготовлений до майбутніх викликів, які цифрові докази принесуть міжнародному кримінальному правосуддю. Удосконалення процесів МКС матиме зворотний ефект і допоможе інформувати інші міжнародні, регіональні та національні органи, які розглядають справи про порушення прав людини та інші питання, що перетинаються². З цих причин МКС має встановити надійні процесуальні гарантії та процеси судового контролю для автентифікації цифрових доказів у сучасному швидкозмінному ландшафті міжнародного кримінального правосуддя.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Code of Judicial Ethics. International Criminal Court. Article 7(2). ICC-BD/02–01–05 [in English].
2. International Criminal Court. 2019. “Strategic Plan 2019–2021.” <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20190717-icc-strategic-plan-eng.pdf>> data zvernennia 24.03.2023 [in English].
3. Rules of Procedure and Evidence. International Criminal Court <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>> data zvernennia 24.03.2023 [in English].
4. Regulations of the Court. Regulation 26. International Criminal Court. ICC-BD/01–05–16 data zvernennia 24.03.2023 [in English].

¹ L Freeman, Prosecuting Atrocity Crimes with Open Source Evidence : Lessons from the International Criminal Court. In *Digital Witness : Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1 (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 48–67.

² A Cole, Technology for Truth: The Next Generation of Evidence (2015) *International Justice Monitor* <<https://www.ijmonitor.org/2015/03/technology-for-truth-the-next-generation-of-evidence/>> accessed 28.04.2023.

CASES

5. *Prosecutor v. Germain Katanga*. Trial Chamber II. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/07. (2014) <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/KatangaEng.pdf>> data zvernennia 24.03.2023 [in English].
6. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Trial Chamber I. Decision on the admissibility of four documents.”I CC-01/04-01/06-1399. (2008) 27–32 <<https://www.icc-cpi.int/node/29611>> data zvernennia 24.03.2023 [in English].
7. *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Chamber I. Judgment. ICTR-96-4-T. (1998) <<https://www.refworld.org/cases, ICTR,40278fbb4.html>> data zvernennia 24.03.2023 [in English].

BIBLIOGRAPHY

ARTICLES

8. Ashouri A, Caleb B and Cherrie W, An Overview of the Use of Digital Evidence in International Criminal Courts (2014) 11 *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review* 115–27 <<https://doi.org/10.14296/deeslr.v11i0.2130>> accessed 26.04.2023 [in English].
9. Mehandru N and Koenig A, n.d. Open Source Evidence and the International Criminal Court (2019) *Harvard Human Rights Journal* <<https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/>> accessed 24.04.2023 [in English].
10. Wex. n.d. Probative Value. Wex Legal Information Institute (LII), Cornell Law School <https://www.law.cornell.edu/wex/probative_value> accessed 24.04.2023 [in English].
11. Koenig, Alexa, Emma Irving, Yvonne McDermott, and Daragh Murray, New Technologies and the Investigation of International Crimes: An Introduction (2021) 19 (1): 1–7 *Journal of International Criminal Justice* 14–21 <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab040>> accessed 23.04.2023 [in English].
12. Krzan B, Admissibility of Evidence and International Criminal Justice (2021) 7 (1) *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 161 <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.492>> accessed 24.04.2023 [in English].
13. Jackson J D, and Sarah J Summer (eds.) *The Common Law Tradition. In The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Law in Context. (Cambridge, Cambridge University Press, 2012) 30–36 <<https://doi.org/10.1017/CBO9781139093606.005>> accessed 24.04.2023 [in English].
14. Yvonne Ng, How to Preserve Open Source Information Effectively.” In *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1st ed., (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 143–164 [in English].
15. McDermott Y, Koenig A and Murray D, Open Source Information’s Blind Spot: Human and Machine Bias in International Criminal Investigations (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 85–105 <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab006>> accessed 27.04.2023 [in English].
16. Carlson F, Internet History Is Fragile. This Archive Is Making Sure It Doesn’t Disappear (2017) *PBS NewsHour* <<https://www.pbs.org/newshour/show/internet-history-fragile-archive-making-sure-doesnt-disappear>> accessed 27.04.2023 [in English].
17. Khatib H Al, and Dia Kayyali. Video: Opinion | YouTube Is Erasing History (2019) *The New York Times* <<https://www.nytimes.com/video/opinion/100000006702129/syria-youtube-content-moderation.html>> accessed 27.04.2023 [in English].
18. Moriarty K, Why Are Authentication and Authorization So Difficult? (2021) *Center for Internet Security* <<https://www.cisecurity.org/blog/why-are-authentication-and-authorization-so-difficult/>> accessed 27.04.2023 [in English].
19. Murrow S, Security Risks of Outdated Encryption: Is Your Data Really Secure? (2020) *Infosec Resources* <<https://resources.infosecinstitute.com/topics/cryptography/security-risks-of-outdated-encryption-is-your-data-really-secure/>> accessed 27.04.2023 [in English].
20. Romano A, World War 3 Memes as Therapy: Coping with War and Crisis through Memes – Vox (2020) *Vox* <<https://www.vox.com/2020/1/17/21065113/world-war-3-memes-iran-2020-saleem-alhabash-interview>> accessed 27.04.2023 [in English].
21. Lorenz T, Internet ‘Algospeak’ Is Changing Our Language in Real Time, from ‘Nip Nops’ to ‘Le Dollar Bean (2022) *Washington Post* <<https://www.washingtonpost.com/technology/2022/04/08/algospeak-tiktok-le-dollar-bean/>> accessed 27.04.2023 [in English].
22. Cole A, Technology for Truth: The Next Generation of Evidence (2015) *International Justice Monitor* <<https://www.ijmonitor.org/2015/03/technology-for-truth-the-next-generation-of-evidence/>> accessed 27.04.2023 [in English].
23. Desjardins J, How Much Data Is Generated Each Day? (2019) *World Economic Forum* <<https://www.weforum.org/agenda/2019/04/how-much-data-is-generated-each-day-cf4bddf29f/>> accessed 27.04.2023 [in English].

24. Freeman L and Llorente R V, Finding the Signal in the Noise: International Criminal Evidence and Procedure in the Digital Age (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 163–88. <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab023>> accessed 28.04.2023 [in English].
25. Lovett I, and Ojewski N, Citizens' Images of Potential War Crimes in Ukraine Flood the Internet, but Might Not Hold Up in Court (2022) WSJ. Accessed April 30, 2022 < <https://www.wsj.com/articles/citizens-images-of-potential-war-crimes-in-ukraine-flood-the-internet-but-might-not-hold-up-in-court-11651311001> > data zvernennia 02.03.2023 [in English].
26. Koettl Ch, Murray D, and Dubberley S, Open Source Investigation for Human Rights Reporting: A Brief History. In *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1st ed. (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 12–31 [in English].
27. Czuperski M, Beals E, Itani F, Nimmo B, and Higgins E, Breaking Aleppo (2017) *Washington: Atlantic Council*. <<https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/breaking-aleppo/>> accessed 27.04.2023 [in English].
28. Hendrix J, Ukraine May Mark a Turning Point in Documenting War Crimes (2022) *Just Security* <<https://www.justsecurity.org/80871/ukraine-may-mark-a-turning-point-in-documenting-war-crimes/>> accessed 28.04.2023 [in English].
29. Zarmsky S, Why Seeing Should Not Always Be Believing: Considerations Regarding the Use of Digital Reconstruction Technology in International Law (2021) 19 (1) *Journal of International Criminal Justice* 213–25. <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqab048>> accessed 28.04.2023 [in English].
30. Johnson A F and Millett L I. (eds.) *Cryptographic Agility and Interoperability: Proceedings of a Workshop*. In *Forum on Cyber Resilience: Workshop Series* (The National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. Washington, D.C., The National Academies Press, 2017) <<https://doi.org/10.17226/24636>> accessed 28.04.2023 [in English].
31. Dillon M, and Beresford D, Electronic Courts and the Challenges in Managing Evidence. A View From Inside The International Criminal Court (2014) 6 (1) *International Journal for Court Administration* 29–36 <<https://doi.org/10.18352/ijca.132>> accessed 28.04.2023 [in English].
32. The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Establishes a Scientific Advisory Board (2014) *International Criminal Court* <<http://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-international-criminal-court-establishes-scientific-advisory-board>> accessed 28.04.2023 [in English].
33. Pohoretskyi M A, Shelomentsev V P, Kiberzlochyny: do vyznachennia poniattia [Cybercrime: to the definition of the concept] (2012) 8 *Visnyk prokuratury* 89–96 [in Ukrainian].
34. Pohoretskyi M A, Shelomentsev V P, Poniattia kiberprostoru yak seredovyshcha vchennia zlochynu [The Concept of Cyberspace as an Environment for the Study of Crime] (2009) 2 (2) *Informatsiina bezpeka liudyny, suspilstva, derzhavy* 77–81 [in Ukrainian].
35. Smal I A, Problemni aspekty zastosuvannia elektronnykh dokaziv u kryminalnomu sudochynstvi [Problematic aspects of the use of electronic evidence in criminal proceedings] (2021) 4 *Naukovyi zhurnal «Pravo i suspilstvo»* 226–232 [in Ukrainian].
36. Cherniavskiy S S, Orlov Yu Yu, Elektronne vidobrazhennia yak dzherelo dokaziv u kryminalnomu provadzheni [Electronic display as a source of evidence in criminal proceedings] (2017) 2 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 112–124 data zvernennia 02.03.2023 [in Ukrainian].
37. Stolitnii A V, Kalancha I H, Formuvannia instytutu elektronnykh dokaziv u kryminalnomu protsesi Ukrainy [Formation of the electronic evidence institute in the criminal process of Ukraine] (2019) 146 *Problemy zakonnosti* 179–191 data zvernennia 02.03.2023 [in Ukrainian].

BOOKS

38. Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet / by Eoghan Casey; with contributions from Susan W. Brenner ... [et al.]. 3rd ed. London: Elsevier. 837 <<https://booksite.elsevier.com/9780123742681>> accessed 24.04.2023 [in English].
39. Dubberley S, Koenig A, and Murray D, Introduction: The Emergence of Digital Witnesses. In *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1st ed. (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2020) 3–11 [in English].
40. Freeman L, Prosecuting Atrocity Crimes with Open Source Evidence: Lessons from the International Criminal Court. In *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1st ed. (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 48–67 [in English].
41. Ethiopia's Tigray Conflict Sparks Spread of Misinformation (2020) *BBC News* <<https://www.bbc.com/news/world-africa-54888234>> accessed 27.04.2023 [in English].

42. Higgins E, New July 17th Satellite Imagery Confirms Russia Produced Fake MH17 Evidence (2015) *Bellingcat* <<https://www.bellingcat.com/news/uk-and-europe/2015/06/12/july-17-imagery-mod-comparison/>> accessed 27.04.2023 [in English].
43. ICTY – UNICRI. 2009. *ICTY Manual on Developed Practices*. Turin, Italy: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI) <<https://www.icty.org/>> accessed 27.04.2023 [in English].
44. Korneika O V (za red.), *Vykorystannia elektronnykh (tsyfrovyykh) dokaziv u kryminalnykh provadzheniakh, metod. rekom* [Use of electronic (digital) evidence in criminal proceedings, method. by river] 2-he, dop. (Kyiv, Vyd-vo Nats. akad. vnutr. Sprav, 2020) 104 [in Ukrainian].
45. *The Human Rights Center at the University of California, Berkeley, School of Law*. 2012. “Beyond Reasonable Doubt: Using Scientific Evidence to Advance Prosecutions at the International Criminal Court.” *Workshop Report*. <https://www.law.berkeley.edu/files/HRC/HRC_Beyond_Reasonable_Doubt_FINAL.pdf> accessed 23.04.2023 [in English].
46. *Vykorystannia elektronnykh (tsyfrovyykh) dokaziv u kryminalnykh provadzheniakh*, [Use of electronic (digital) evidence in criminal proceedings] / za zah. red. O V Korneika. Vyd. 2-he, dop. (Kyiv, Vyd-vo Nats. akad. vnutr. sprav, 2020) 104 [in Ukrainian].
47. Wang X and Hongbo Yu, *How to Break MD5 and Other Hash Functions. Advances in Cryptology – EUROCRYPT 2005: Conference. Lecture Notes in Computer Science, vol 3494* (Springer, Berlin, Heidelberg) <https://doi.org/10.1007/11426639_2> accessed 27.04.2023 [in English].
48. Yvonne Ng, *How to Preserve Open Source Information Effectively.* In *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, 1st ed., (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020) 143–164 [in English].

Pohoretskyi M. A.

*Doctor of Science in Law, Professor,
Vice-rector for scientific and pedagogical work,
Taras Shevchenko National University of Kyiv,
ORCID ID: 0000-0003-0936-0929*

Lysachenko Y. I.

*Ph.D (Law), attorney
ORCID ID: 0000-0003-0937-2110*

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/54-73>

ESTABLISHING THE RELIABILITY OF DIGITAL EVIDENCE BY THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: SOME PROBLEMATIC ISSUES AND WAYS TO SOLVE THEM

Abstract. *The article is devoted to the study of some problematic issues of authentication of digital evidence in the course of consideration of cases by the International Criminal Court.*

The authors note that in the digital era, new technologies and the development of computing power have changed the nature of potentially relevant evidence which is assessed in international criminal law. The International Criminal Court is currently insufficiently prepared to address the issues of authentication of digital evidence, i.e., to determine the reliability of this type of evidence.

The purpose of the article is to: (1) outline the challenges and dangers of the ICC's current approach to establishing the reliability of digital evidence; (2) study scientific approaches to the authentication of digital evidence in criminal proceedings; and (3) establish the need to establish the most pragmatic approach to determining the reliability of digital evidence in the future.

The article outlines the challenges and dangers of the ICC's current approach to authentication and verification of digital evidence, examines the discussions among scholars on the issues outlined,

and identifies recommendations for improving the Court's work and its ability to verify the reliability of digital evidence.

The general approach of the ICC to the admissibility of evidence is defined, which provides for a consistent three-part test in which each of the following criteria must be met: 1) relevance: According to Articles 64(9)(a) and 69(4) of the Rome Statute, as well as the Rules of Procedure and Admission of Evidence, evidence is considered relevant if "the evidence produced makes the existence of the fact in question more or less probable". In other words, evidence may be considered relevant if it is "prima facie" ("at first glance") relevant to the case; 2) sufficiency: Evidentiary value is generally understood to mean whether the evidence is sufficiently useful to prove an important part of the trial. In essence, probative value measures the extent to which the proposed evidence may affect the determination of a fact or issue. The court must balance the probative value of the item against its prejudicial effect on the accused; 3) weighing probative value and prejudicial effect: According to Rules 69(4) and 63(2), the evidence provided must be "sufficiently relevant and probative to outweigh any prejudicial impact or effect that its admission may have". In other words, the weight given to the evidence must fully respect the rights of all parties and not be manifestly unfair to the prosecution or defense, nor prejudicial to the overall fairness of the trial.

The author concludes that the ICC should seriously consider the following recommendations: (1) appoint an eCourt User Group to lead efforts to improve algorithms and continuously develop authentication issues; (2) expand the technological advisory role of the Scientific Advisory Board; (3) establish regular trainings and seminars to enhance the technical competence of judges; and (4) increase the transparency of the Scientific Advisory Board and the eCourt User Group.

Keywords: International Criminal Court, evidence, proof, authentication, reliable evidence.

*Сергєєва Д. Б.,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
професор кафедри кримінального процесу та криміналістики
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
адвокат
ORCID ID: 0000-0003-1005-7046*

*Попихач Д. К.,
здобувач кафедри оперативно-розшукової діяльності
Національної академії внутрішніх справ
ORCID ID: 0009-0007-6588-7764*

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/74-86>

УДК 343.98

КРИМІНАЛІСТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ШПИГУНСТВА ТА ЇЇ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ДОКУМЕНТУВАННЯ В ОПЕРАТИВНО- РОЗШУКОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ТА У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ

Анотація. У статті здійснено аналіз проблемних питань криміналістичної характеристики шпигунства та її структурних елементів.

Метою статті є дослідження та вирішення проблемних питань криміналістичної характеристики шпигунства й обґрунтування її значення для документування в оперативно-розшуковій діяльності та досудовому розслідуванні.

Визначено, що криміналістична характеристика шпигунства – це узагальнена інформаційна модель, що являє собою детальний систематизований опис типових криміналістично значущих ознак шпигунства, яка є необхідною для побудови й перевірки слідчих версій і має суттєве значення для його виявлення, розкриття та розслідування.

Доведено, що криміналістична характеристика шпигунства включає такі структурні елементи: предмет безпосереднього злочинного посягання, спосіб вчинення, типові сліди та відомості про особу злочинця.

Розкрито сутність та значення кожного структурного елементу для оперативно-розшукового та криміналістичного документування шпигунства на досудовому розслідуванні.

Обґрунтовано, що знання структурних елементів криміналістичної характеристики шпигунства (предмет безпосереднього злочинного посягання, спосіб вчинення, типові сліди та відомості про особу злочинця) має важливе значення для документування шпигунства засобами контррозвідувальної, оперативно-розшукової діяльності в ході їх здійснення, а також криміналістичними засобами в ході досудового розслідування. Наголошується, правильне розуміння працівниками оперативно-розшукових (контр-розвідувальних), підрозділів, а також слідчими (детективами) й прокурорами-процесуальними керівниками кримінальних проваджень про шпигунства кожного із елементів криміналістичної характеристики шпигунства в сукупності з розумінням предметом доказування у кримінальному, а також пошу-

ковими ознаками шпигунства, дає можливість ефективно здійснювати відповідно контррозвідувальну, оперативно-розшукову діяльність та досудове розслідування.

Ключові слова: шпигунство, документування, криміналістична характеристика, досудове розслідування, оперативно-розшукова діяльність.

Постановка проблеми. Шпигунство (ст. 114 КК України) є одним із найнебезпечніших кримінальних злочинів проти основ національної безпеки України, яке полягає в передачі або збиранні з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам відомостей, що становлять державну таємницю, якщо ці дії вчинені іноземцем або особою без громадянства. Особливо небезпечно шпигунство за своїми тяжкими наслідками в умовах воєнного стану. Зважаючи на це важливим є розробка сучасних методик виявлення та документування шпигунства оперативно-розшуковими, криміналістичними та криміналістичними та оперативно-розшуковими засобами. Ефективність виявлення та документування шпигунства багато в чому залежить від правильного розуміння працівниками контррозвідувальних та оперативно-розшукових підрозділів, а також слідчих, детективів і прокурорів – процесуальних керівників криміналістичної характеристики шпигунства та її елементів, яка в теорії криміналістики є дискусійною науковою категорією, що потребує подальшої наукової розробки відповідно до сучасних потреб практики.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Зважаючи на актуальність проблемних розслідування шпигунства, окремі її аспекти були предметом дослідження вітчизняних правників, зокрема: О.Ф. Бантишева, І.В. Гори, В.А. Колесника, М.А. Погорецько-

го, О.С., Старенького О.Ю. Татарова, А.М. Черняка, Р.Л. Чорного, О.В. Шамари, Л.І. Щербини та інші. Переважна більшість наукових праць була опублікована у відомчих наукових виданнях з обмеженим доступом. Водночас серед відкритих наукових праць, які присвячені окремим проблемам розслідування шпигунства, слід зазначити такі роботи: О.Ф. Бантишев, О.В. Шамара (Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України (проблеми кваліфікації)¹, О.А. Чуваков (Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики)², В.О. Ходанович (Окремі питання виявлення у розслідування шпигунства в Україні та ФРН)³, І.В. Діордіца (Поняття та зміст кібершпигунства)⁴, та ін.

Проте питання криміналістичної характеристики шпигунства та її значення для документування в оперативно-розшуковій діяльності і на досудовому розслідуванні в теорії криміналістики, оперативно-розшуковій діяльності та кримінального процесу є недостатньо дослідженими.

Метою статті є дослідження та вирішення проблемних питань криміналістичної характеристики шпигунства й обґрунтування її значення для документування в оперативно-розшуковій діяльності та досудовому розслідуванні.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Криміналістична характеристика шпигунства – це узагальнена інформаційна модель, що

¹ О.Ф. Бантишев, О.В. Шамара, Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України (проблеми кваліфікації): 3-є вид., перероб. та доп. (Луганськ, ТОВ «Віртуальна реальність», 2014) 240.

² О.А. Чуваков, Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики (Одеса, Фенікс, 2017) 62.

³ В.О. Ходанович, Окремі питання виявлення у розслідування шпигунства в Україні та ФРН (2018) 31 *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція* 130–133.

⁴ І.В. Діордіца, Поняття та зміст кібершпигунства (2020) 26 *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»* 49–55.

являє собою детальний систематизований опис типових криміналістично значущих ознак шпигунства, яка є необхідною для побудови й перевірки слідчих версій і має суттєве значення для його виявлення, розкриття та розслідування.

В теорії криміналістики є різні підходи до розумінні кількості елементів криміналістичної характеристики та їх змісту¹. На наш погляд, криміналістична характеристика шпигунства включає і себе наступні елементи: предмет безпосереднього злочинного посягання, спосіб вчинення, типові сліди та відомості про особу злочинця.

Перш за все, необхідно зауважити, що предмет безпосереднього злочинного посягання як елемент криміналістичної характеристики не слід ототожнювати з об'єктом шпигунства, який визначається фахівцями з кримінального права як зовнішня безпека України, її суверенітет, територіальна цілісність і недоторканність, обороноздатність, державна, економічна чи інформаційна безпека.

Безпосереднім предметом злочинного посягання при вчиненні шпигунства є відомості, що становлять державну таємницю, які матеріалізовані у відповідному документі чи виробі. При цьому немає значення, передаються, наприклад, оригінали (першоджерела) документів, їх копії чи тільки відомості про них.

Відомості, що становлять державну таємницю – це інформація у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки і охорони правопорядку, розголошення якої може завдати шкоди національній безпеці України і які рішенням державних експертів з питань таємниць визнано державною таємницею та включено до Зводу відомостей, що становлять державну таємницю (ЗВДТ). З момен-

ту опублікування вказаного Зводу (змін до нього) ці відомості підлягають охороні з боку держави як такі, що становлять державну таємницю.

Зовнішньою (матеріальною) ознакою віднесення документа, виробу або іншого матеріального носія інформації до предметів, що містять відомості, які становлять державну таємницю, є наданий йому гриф секретності – реквізит матеріального носія таємної інформації, який засвідчує ступінь її секретності («особливої важливості», «цілком таємно», «таємно»). Строк, протягом якого діє рішення про віднесення інформації до державної таємниці, встановлюється Державним експертом з питань таємниць, але не може перевищувати для зазначених видів інформації відповідно 30, 10 і 5 років. Проте після закінчення зазначеного строку його може бути продовжено.

Конкретні види інформації, яка належить до державної таємниці, перелічені у Законі «Про державну таємницю»². Ними є інформація: 1) у сфері оборони; 2) у сфері економіки, науки і техніки; 3) у сфері зовнішніх відносин; 4) у сфері державної безпеки та охорони правопорядку.

Конкретні відомості можуть бути віднесені до державної таємниці за ступенями секретності «особливої важливості», «цілком таємно» та «таємно» лише за умови, що вони належать до зазначених чотирьох категорій і їх розголошення завдаватиме шкоди інтересам національної безпеки України.

Не належить до державної таємниці інформація: про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту; про аварії, катастрофи, небезпечні природні явища та інші надзвичайні події, які сталися або можуть статися і загрожують безпеці громадян; про

¹ Розслідування окремих видів злочинів: навч. посібник / О В Бишевец, М А Погорецький, Д Б Сергеева та ін.; за ред. М А Погорецького та Д Б Сергеевої (Київ, Алєрта, 2015) 536.; М А Погорецький, О О Вакулик, Д Б Сергеева, Розслідування економічних злочинів: навч. посібник. 2-ге вид., пере-роб. та доп. / за ред. М А Погорецького (Київ, ВД «Дакор», 2015) 184.

² Про державну таємницю: Закон України від 21.01.1994 № 3855-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3855-12#Text>> дата звернення 08.05.2023.

стан здоров'я населення, його життєвий рівень, включаючи харчування, одяг, житло, медичне обслуговування та соціальне забезпечення, а також про соціально-демографічні показники, стан правопорядку, освіти і культури населення; про факти порушень прав і свобод людини і громадянина; про незаконні дії органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб; інша інформація, яка відповідно до законів та міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, не може бути засекречена. Передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам такої інформації не може кваліфікуватися як шпигунство.

Відомості у різних сферах, які визнані державною таємницею, конкретизовані у Зводі відомостей, що становлять державну таємницю. Питання про те, чи становлять ті або інші відомості державну таємницю, у кожному кримінальному провадженні має вирішуватися на підставі висновку експерта.

Передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що є міждержавними секретами, але при цьому не становлять державної таємниці України, не створюють підстав для кваліфікації цих дій як шпигунства. Не тягнуть відповідальності за КК України і вчинені на території України передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам відомостей, що становлять державну таємницю іншої країни.

Передача або збирання будь-яких інших відомостей, крім тих, що становлять державну таємницю, у тому числі, в одержанні яких зацікавлена іноземна розвідка (наприклад, відомостей про місткість того чи іншого аеродрому цивільної авіації, про пропускну спроможність того чи іншого напрямку залізниці, про потреби певної галузі народного

господарства у дорогоцінних металах і природних алмазах, про номенклатуру, обсяг і фінансування конкретної операції з експорту, імпорту певних видів сировини і продукції, про науково-технічне співробітництво України з окремою іноземною державою, відомостей про фахівців у галузі військових наук, про систему охорони конкретного військового арсеналу, про виробничу потужність конкретного підприємства з ремонту озброєння тощо) та які, на її погляд, можуть бути придатні для використання на шкоду інтересам України (для вчинення диверсій чи іншого використання в умовах воєнного стану чи в інший особливий період, або для виконання перспективних вербувальних завдань тощо), не містить складу злочину, передбаченого ст. 114 КК України.

Економічні, науково-технічні або інші відомості, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави, відомості про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист, відомості, що становлять комерційну таємницю, якщо їх збирання або передача спричинили істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності, є предметом злочинного посягання інших кримінальних правопорушень, що кваліфікуються за ст. ст. 330, 381, 231 КК України та не є предметом злочинного посягання при вчиненні шпигунства.

Спосіб вчинення злочину як елемент криміналістичної характеристики розглядається в широкому розумінні, не лише як спосіб вчинення, але й як спосіб готування до злочину і його приховування. Такий підхід не порушує сенсу його кримінально-правового трактування та вводить в нього елементи, що у своїй сукупності найбільш повно відображають механізм злочину. Так, спосіб вчинення злочину характеризує безпосередньо порядок реалізації злочинного умислу особи, а спосіб приховування характеризує дії особи із забезпечення таємності відповідного злочину та попередження його викриття, і як результат,

притягнення злочинця до кримінальної відповідальності.

Способи вчинення шпигунства не є довільними. Вони визначаються якостями особистості виконавця злочину, особливостями предмета злочинного посягання, умовами зовнішнього середовища, в яких вчиняється злочин та іншими факторами.

Шпигунство вчиняється такими способами: 1) передача іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю; 2) збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю. Ініціатива збирання чи передачі відповідних відомостей може належати як виконавцю, так і адресату шпигунства.

Таким чином, шпигунство може полягати як у збиранні зазначених відомостей з наступною їх передачею відповідним адресатам, так і лише у збиранні їх з метою такої передачі або тільки в їх передачі.

Збирання зазначених відомостей полягає в їх пошуку і добуванні (шляхом візуального розвідувального спостереження, ознайомлення із документами й виробами, які мають відповідний гриф секретності, вивідування, розвідувального опитування, розвідувального експерименту, підслухування, зняття інформації з каналів зв'язку, проникнення до комп'ютерних систем, виготовлення копій документів, вимагання шляхом шантажу, погроз, обману тощо), придбанні будь-яким способом (таємне чи відкрите викрадення, купівля, обмін документів чи зразків зброї, боєприпасів, макетів секретного об'єкта тощо) з наступним зосередженням їх в одному чи кількох місцях.

В окремих випадках способами збирання відомостей, що становлять державну таємницю, можуть бути „благодійні” акції, спрямовані нібито на виявлення талановитих молодих вчених або на визначення можливих об'єк-

тів інвестицій (опитування, анкетування, конкурси та ін.). Не виключається і такий спосіб, як використання спеціальних космічних (спутникових), повітряних, морських і наземних технічних засобів.

Шпигунство може бути вчинене з використанням спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, шляхом незаконного втручання в роботу автоматизованих електронно-обчислювальних машин, їх систем чи комп'ютерних мереж, а також шляхом викрадення, привласнення, вимагання комп'ютерної інформації або заволодіння нею шляхом шахрайства чи зловживання службовою особою своїм службовим становищем.

Сучасні комп'ютерні розробки дозволяють здійснювати збирання інформації з використанням додатків для розваг, під час використання яких особа без умислу розголошення державної таємниці робить фото чи передає дані про місцезнаходження секретних об'єктів, технологій чи іншу секретну інформацію.

Наприклад, державні служби Японії та США спеціально співпрацюють із розробниками додатку на смартфони Pokemon Go, щоб у такий спосіб дізнатись більше про військові й таємні об'єкти різних країн, адже наявність покемонів змусить користувачів робити фотографії в таких місцях. Збройні сили Ізраїлю заборонили солдатам користуватись додатком Pokemon Go на території військових баз.

Секретна інформація може отримуватись з використанням шкідливого програмного забезпечення, вірусів, троянів, хробаків, які заносяться до комп'ютерів через віддалений доступ або безпосередньо через використання знімних носіїв інформації. Такі програми вражають систему, можуть таємно збирати та передавати інформацію у певне джерело. Наприклад, у 2008 році інформаційні системи Центрального Командування Збройних сил США (CENTCOM) були вражені хробаком Agent.btz (комп'ютерним вірусом). За твердженнями експертів, метою атаки було викрадення важ-

ливої інформації – на той час тривали війни в Іраку та Афганістані. У вересні 2011 року експерти лабораторії Касперського виявили троян Ducc, метою якого було викрадення конфіденційної інформації (кібершпигунство).

Якщо особою викрадено з метою передачі іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам предмети, відомості про які становлять державну таємницю (зразки військової зброї, спеціальної техніки, криптографічного чи іншого обладнання, радіоактивні матеріали тощо), або офіційні документи, що знаходяться на державних підприємствах і містять державну таємницю, ці дії, залежно від їх конкретного способу, слід додатково кваліфікувати за відповідними статтями КК України (185–191, 262, 357, 410)¹.

У випадках, коли певні відомості були довірені особі або стали відомі їй під час служби, роботи, спілкування з носіями таких відомостей, які незаконно розголосили їх, або коли особа випадково знайшла чи іншим чином отримала відповідні документи, вироби тощо, потреби в їх збиранні фактично не існує.

Шпигунство у формі збирання відповідної інформації є закінченим злочином з моменту зосередження в будь-якому місці (при особі, в її житлі, у схованці) хоча б частини відповідної інформації за наявності мети передати її відповідній іноземній державі, іноземній організації або їх представникам.

Передача відомостей – це їх усне повідомлення (безпосередньо, засобами радіозв'язку, телекомунікаційними засобами тощо) іноземній державі, іноземній організації, їх представникам, вручення певних документів, виробів чи інших матеріальних носіїв інформації (безпосередньо, через посередників, з використанням тайників, надання паролю до певного файлу чи ключа, коду доступу до сховища тощо) або їх пересилан-

ня (з використанням поштового, електронного зв'язку, за допомогою тварин тощо).

Так, наприклад, згідно вироку Приморського районного суду м. Одеси від 22.02.2013 № 1522/19686/12, передача інформації що становить державну таємницю в сфері оборони України спецслужбам Республіки Молдова планувалася шляхом пересилання електронною поштою з використанням шифрування електронних документів криптографічним програмним забезпеченням, що надає можливості обмінюватися інформацією, виключаючи вірогідність ознайомлення з даними, що пересилаються, сторонніми особами.

За результатами проведення комп'ютерно-технічної експертизи у цьому ж кримінальному провадженні встановлено, що на флеш-накопичувачі «Team Group SR4 G» виявлені теки (папки) з відсканованими сторінками документів, що містять державну таємницю; тека «Folder Security Personal 3.0», яка містить програму, за допомогою якої можна приховувати файли, папки та диски в системі, робити їх невидимими; тека «Krip» з програмою, яка використовується при шифруванні та розшифровці інформації. У ПЕОМ «ASUS» M51K Series встановлено програмне забезпечення для шифрування інформації «Blowfish Advanced CS» та програмне забезпечення «KGB Spy», програма яка робить знімок екрану щохвилини і реагує на всі події, записуючи скріншоти до лог-файлів програми².

Найрозповсюдженішим є передавання інформації під час особистої зустрічі агента (виконавця, кур'єра) із представником іноземної розвідки. Така зустріч зазвичай є короткочасною й одномоментною та проходить у місцях, де немає камер відеоспостереження. Передання інформації під час офіційних зустрічей проводиться на міжнародних конференціях, конгресах, симпозіумах, виставках,

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> дата звернення 08.05.2023.

² Вирок Приморського районного суду м. Одеса від 22.02.2013 у справі № 1522/19686/12 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/31394828>> дата звернення 08.05.2023.

спортивних змаганнях та інших публічних заходах міжнародного характеру.

Шпигунство у вигляді передачі певних відомостей є закінченим злочином з моменту їх фактичного повідомлення, вручення матеріалів, які їх містять, відправлення адресату чи посереднику, закладення в тайник, передачі предмета, який відкриває доступ до них, – відповідно до обумовленості з адресатом.

Передача іноземній державі певних відомостей передбачає передачу їх не державі як субстанції, а офіційному державному органу, у тому числі розвідувальному.

Слід мати на увазі, що не є шпигунством встановлення зв'язку з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками чи отримання завдання від іноземної розвідки. Якщо особа, отримавши завдання іноземної розвідки, не вчинила ніяких дій і добровільно та остаточно відмовилась від його виконання, то незалежно від того, заявила вона органам державної влади про свій зв'язок з іноземною розвідкою або не зробила цього, – вона має бути звільнена від кримінальної відповідальності на підставі ст. 17 КК України.

Готування до шпигунства може відбуватися шляхом незаконного виготовлення чи придбання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації (різноманітних перетворювачів, апаратних, програмно-апаратних засобів тощо) з метою їх використання для збирання відповідної інформації залежно від конкретної спрямованості наміру особи, передачі цих засобів особам, які безпосередньо будуть здійснювати збір та передачу інформації, відкриття банківських рахунків для цих осіб з метою оплати їх послуг або з метою створення враження у останніх про такі оплати в майбутньому.

Якщо ж особа вчинила певні дії, але припинила діяльність (добровільно відмовилась від її продовження) та добровільно повідомила органи державної влади про вчинене, якщо внаслідок цього і вжитих заходів було відвернено

заподіяння шкоди інтересам України, вона звільняється від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 114 КК України.

Відомості про особу злочинця є важливим аспектом формування тактики та методики розслідування конкретного злочину, що дозволяють висувати версії про спосіб вчинення злочину, сліди, ймовірно залишені злочинцем, предмет безпосереднього злочинного посягання й інші важливі для розслідування обставини кримінального провадження. У структурі криміналістичної характеристики злочинів окремих елементів – «особа злочинця» становить систему ознак, що містить дані демографічного характеру, деякі моральні якості та певні психологічні особливості особи, які пов'язані або мають прояв у злочинному діянні, характеризують його суспільну небезпечність, пояснюють причини його вчинення. Зміст досліджуваних ознак особи злочинця, як окремого елемента криміналістичної характеристики злочину, визначається тією сукупністю якостей та властивостей особи, які є специфічними для злочинців певної категорії.

Суб'єктом вчинення шпигунства є фізична осудна особа, яка досягла 16 річного віку, виключно іноземець або особа без громадянства. Шпигунство, вчинене громадянином України, кваліфікується за ст. 111 КК України «Державна зрада».

Шпигунська діяльність – це, як правило, групова діяльність, яка характеризується певною ієрархічною структурою – організатори, виконавці й пособники. Як правило, організаторами виступають іноземні спецслужби або організації, які є частиною державного апарату іншої країни, або користуються захистом зарубіжних країн. Безпосередніми організаторами шпигунства є насамперед офіцери та співробітники спецслужб зарубіжних країн, виконавцями та пособниками – іноземці та особи без громадянства. В якості виконавців або пособників до злочинної групи для збирання, передачі інформації залучаються й громадяни України.

Так, наприклад, згідно вироку Заводського районного суду м. Миколаєва від 20.11.2012 № 1412/10606/12, невстановлена досудовим розслідуванням особа на ім'я Чжан Юнжи, діючи за завданням спецслужби КНР, вступила в змову з громадянином КНР Шибо, керівником суспільної організації «Українсько-китайський сонет співробітництва», що постійно проживав і навчався в Києві, який, в свою чергу, встановив конфіденційне співробітництво з громадянином України для передачі технічної документації в галузі військового кораблебудування, яка містить інформацію, що становить державну таємницю, за грошову винагороду останньому у сумі 1000 дол. США. Збір інформації громадянином КНР Шибо був виявлений і припинений шляхом проведення ОРЗ «контрольована поставка»¹.

У разі, якщо шпигунство вчинюється групою осіб з розподілом ролей між ними, то закінчений склад злочину матиме місце і в діях особи, яка тільки добуває відповідну інформацію, і в діях особи, яка тільки зберігає її з метою передачі, і в діях особи, яка тільки передає її адресатові. Якщо ж дії групи перервано на стадії передачі інформації адресату шпигунства, третя із вказаних членів групи особа має нести відповідальність за замах на шпигунство, а перші дві – за закінчене шпигунство.

Згідно з міжнародними угодами України в умовах воєнного конфлікту особа із складу збройних сил сторони, яка перебуває у конфлікті, не вважається такою, що займається шпигунством і не може бути притягнута до кримінальної відповідальності за ст. 114 КК, якщо вона: 1) від імені цієї сторони збирає інформацію на території, що контролюється супротивною стороною, але, діючи таким чином, носить формений одяг своїх збройних сил (лазутчик); 2) проживаючи на території, окупованій супротивною стороною, від імені сторони, від якої

вона залежить, збирає на цій території інформацію, що має воєнне значення, але не діє при цьому обманним шляхом або навмисно не вдається до таємних дій; 3) не проживаючи на території, окупованій супротивною стороною, фактично займається на цій території, але її не захоплено до того, як вона знову приєдналась до збройних сил, до яких вона належить.

У шпигунстві доцільно виокремити три групи слідів злочину – матеріальні, ідеальні та електронні сліди.

Типовими матеріальними слідами вчинення шпигунства є наступні: 1) матеріально фіксовані сліди людини (сліди рук, ніг, взуття, тощо); 2) предмети та речі, залишені злочинцем на місці події; 3) документи, 4) сліди на предметах; 5) сліди на злочинцеві; 6) мікросліди; 7) одорологічні сліди; 8) записи з камер відеоспостереження, на яких зафіксовані ознаки зовнішності особи.

Слідами злочину можуть бути також будь-які зміни в речовій обстановці місця злочину, що охоплюють порушення первинного стану, місця знаходження різних об'єктів, що утворюють речове середовище, в якому був вчинений злочин. У шпигунстві такі зміни спостерігаються, наприклад, у разі виявлення зникнення певних документів, їхніх архівів, або зміни їх місця розташування в службовому приміщенні чи кабінеті, на електронному носії. За цих умов необхідно звергати особливу увагу на факти пошкодження замикаючих пристроїв (замків) на входних дверях, шухлядах, сейфах, в яких зберігалися (постійно чи тимчасово) документи, що містили державну таємницю. Інформація про відсутність слідів зламу чи застосування певних інструментів (відмичок) із метою проникнення у певне службове приміщення чи до сейфу має важливе криміналістичне значення, оскільки дає змогу слідчому звузити коло підозрюваних осіб, висунувши версію, що злочин

¹ Вирок Заводського районного суду м. Миколаїв від 20.11.2012 у справі № 1412/10606/12 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/6716659>> дата звернення 08.05.2023.

вчинено особою або групою осіб, які мають законний доступ до приміщення, де зберігаються документи, що містять державну таємницю.

Внаслідок вчинення шпигунства, на місці події можуть бути виявлені традиційні криміналістичні сліди злочинця (рук, слідів рук у рукавичках, ніг, взуття, зубів тощо), сліди-мікрочастки (текстильних волокон, волосся, епітелію шкіри), що локалізуються на столі, поверхнях комп'ютера, на комунікаційних засобах зв'язку, копіювальній техніці, у місцях зберігання документів, що містять державну таємницю (на поверхнях сейфів, шухляд тощо), а також на самих документах. Ці сліди мають стати об'єктами експертних досліджень.

В ході оперативно-розшукових заходів «контрольованої поставки» правоохоронними органами застосовуються спеціальні хімічні речовини (люмінофори), якими позначаються предмети або документи, що плануються до передачі. В результаті передачі матеріального об'єкта, позначеного спеціальною хімічною речовиною (СХР) носія інформації, що містить державну таємницю, СХР можуть бути виявлені у змивах з рук, одягу осіб, причетних до шпигунства, на самих предметах злочинного посягання та на предметах, що контактували з ними (сумка, портфель, копіювальний прилад тощо).

Так, у кримінальному провадженні № 22014140000000070 (справа 466/7825/14-к) шпигуном виявився громадянин РФ. Для виявлення факту злочинної діяльності була реалізована НСРД контроль за вчиненням злочину у формі контрольованої поставки із застосуванням копії імітаційного макета – розпородження начальника УСБУ у Львівській області № 206/Т від 29 липня 2014 року про створення оперативної групи для проведення комплексу контррозвідувальних та оперативно-розшукових заходів в зоні АТО з місцем дислокації у м. Северодо-

нецьк Луганської області, для подальшої передачі вказаного документа представникам спецслужб Російської Федерації. Під час зустрічі шпигуна з оперативним працівником СБУ, останні передав йому два примірники імітаційного пакета, після чого шпигун за допомогою СМС повідомив працівника СБУ, який за легендою був співробітником розвідки РФ про отримання інформації. В подальшому підозрюваного затримали з імітаційним пакетом працівники СБУ¹.

Окрему групу слідів, що утворюються під час вчинення шпигунства становлять документи (письмові, фотодокументи, відеодокументи) та інші носії інформації (жорсткі, оптичні диски, флеш-накопичувачі, картки пам'яті тощо), які містять інформацію з обмеженим доступом. Документами-речовими доказами є копії документів, які містять державну таємницю. Поширеною є практика незаконного копіювання документів (внутрішні документи, вхідна або вихідна кореспонденція), які містять професійну державну таємницю за допомогою копіювально-розмножувальних приладів та на цифрові носії (на цифрові фотокамери, смартфони тощо).

Типовими ідеальними слідами шпигунства є: 1) сліди у пам'яті свідків, співучасників злочину про зовнішність злочинців, обставини підготовки, вчинення шпигунства. Найбільш повною та важливою інформацією про особу злочинця та подію злочину володіють свідки, які були залучені до вчинення шпигунства в якості пособників або виконавців, тобто з якими злочинець, на його переконання, встановив конфіденційне співробітництво.

Електронні сліди шпигунства утворюють: 1) електронні доріжки слідів передачі державної таємниці через мережі зв'язку; 2) сліди модифікації інформації, її копіювання, зміни тощо; 3) лог-файли (електронні реєстратори, журнали роботи програм тощо).

¹ Вирок Шевченківського районного суду м. Львова від 11.02.2016 у справі 466/7825/14-к <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/55678408>> дата звернення 08.05.2023.

Електронні сліди – це зафіксовані комп'ютерною системою на матеріальному носії результати відображення реального процесу чи дії комп'ютерної системи, пов'язані із злочином, у вигляді цифрового образу формальної моделі цього процесу. Ці сліди мають специфічні властивості, зокрема, вони існують на матеріальному носії, але недоступні для безпосереднього сприйняття, лише через програмно-технічні засоби.

Наприклад в кримінальному провадженні № 2201816000000121 працівниками ФСБ було видано підозрюваному флеш-носії інформації чорного кольору «Transcend 32 Gb» серійного номеру B274430481 (зашифрований «контейнер», ключ розшифрування якого знали виключно дві особи, які могли записувати на нього інформацію)¹.

В ході передачі інформації у вигляді електронних повідомлень утворюється так звана «доріжка електронних слідів», яка являє собою систему утворених елементів у комп'ютерній мережі, що складається з кількох послідовно розташованих у часі та логічно взаємопов'язаних записів щодо проходження комп'ютерної інформації лініями зв'язку й устаткуванням операторів зв'язку від комп'ютера злочинця до комп'ютера іншої особи. Досліджуючи електронні сліди, необхідно звертати увагу на так звані лог-файли (журнали роботи програм), де може зберегтися криміналістично значуща інформація щодо обставин учиненого злочину.

Усі вище перераховані елементи криміналістичної характеристики шпи-

гунства (предмет безпосереднього злочинного посягання, спосіб вчинення, типові сліди та відомості про особу злочинця) використовуються уповноваженими суб'єктами для документування шпигунства як в оперативно-розшуковій діяльності з використанням комплексу оперативно-розшукових заходів², так і на досудовому розслідуванні з використанням комплексу процесуальних засобів (слідчих (розшукових) дій³ та негласних слідчих (розшукових) дій⁴. Важливого значення для документування шпигунства набувають об'єкти контррозвідувального й оперативного пошуку зміст якого становить постійна, активна цілеспрямована пошукова робота, яка являє собою систему розвідувально-пошукових заходів, які здійснюються як особисто суб'єктами пошуку (особистий пошук), так і з залученням до нього відповідних сил і засобів, у тому числі інформаційних систем, відео- та аудіо-запису, кіно- та фотозйомки тощо⁵. Задokumentовані за допомогою комплексу оперативно-розшукових заходів фактичні дані про ознаки шпигунства є результатами (матеріалами) оперативно-розшукової діяльності і відповідно до ст. 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» можуть бути використані у кримінальному процесі відповідно до визначених цією статтею напрямків, та в порядку визначених КПК України, у тому числі й у кримінальному процесуальному доказуванні⁶.

Висновки. На підставі викладеного вважаємо, що криміналістична характе-

¹ Ухвала Приморського районного суму м. Одеси від 08.09.2019 у справі № 522/11208/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/83666934>> дата звернення 08.05.2023.

² М А Погорецький, Оперативно-розшукові заходи: проблеми правового регулювання (2007) 14 *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 135–145.

³ М А Погорецький, Слідчі дії: поняття і класифікація (2008) 1 *Наук. вісник Київського нац. ун-ту внутр. справ* 142–148.

⁴ М А Погорецький, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні (2013) 1 *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 270–277; М А Погорецький, Д Б Сергеева, Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність і співвідношення (2014) 2 *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 137–141.

⁵ М Погорецький, В Шеломенцев, Пошукові ознаки об'єктів оперативного пошуку: поняття та сутність (2010) 4 (16) *Вісник Акад. управління МВС* 114–121; М Погорецький, В Шеломенцев, Пошук фактичних даних про злочини. *Міжнародна поліцейська енциклопедія*: у 10 т. Т. VI: Оперативно-розшукова діяльність поліції (міліції). / відп. ред. В.В. Коваленко, Є.В. Моїсєєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко (Київ, Атіка, 2010) 750–751

⁶ М Погорецький, В Шеломенцев, Пошукові ознаки М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсіс, ЛТД, 2007) 576.

ристика шпигунства – це узагальнена інформаційна модель, що являє собою детальний систематизований опис типових криміналістично значущих ознак шпигунства, яка є необхідною для побудови й перевірки слідчих версій і має суттєве значення для його виявлення, розкриття та розслідування.

Криміналістична характеристика шпигунства включає наступні елементи: предмет безпосереднього злочинного посягання, спосіб вчинення, типові сліди та відомості про особу злочинця.

Знання усіх вище зазначених елементів криміналістичної характеристики шпигунства (предмет безпосереднього злочинного посягання, спосіб вчинення, типові сліди та відомості про особу злочинця) має важливе значення для документування шпигунства засобами контр-

розвідувальної, оперативно-розшукової діяльності в ході їх здійснення, а також криміналістичними засобами в ході досудового розслідування. Розуміння працівниками оперативно-розшукових (контррозвідувальних), підрозділів, а також слідчими (детективами) й прокурорами-процесуальними керівниками кримінальних проваджень про шпигунства кожного із елементів криміналістичної характеристики шпигунства в сукупності з розумінням предмету доказування у кримінальному процесі (ст. 91 КПК України), а також пошуковими ознаками шпигунства дає можливість ефективно здійснювати відповідно контррозвідувальну, оперативно-розшукову діяльність та досудове розслідування з документування та доказування шпигунства.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Kryminalnyi kodeks Ukrainy [Criminal Code of Ukraine] zakon Ukrainy vid 05.04.2001 № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> data zvernennia 08.05.2023 [in Ukrainian].
2. Pro derzhavnu taiemnytsiu [On state secrets] Zakon Ukrainy vid 21.01.1994 № 3855-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3855-12#Text>> data zvernennia 08.05.2023 [in Ukrainian].

CASES

3. Vyrok Prymorskoho raionnoho sudu m. Odesa vid 22.02.2013 u spravi № 1522/19686/12 [Verdict of the Primorsky District Court of Odesa dated February 22, 2013 in case No. 1522/19686/12] <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/31394828>> data zvernennia 08.05.2023 [in Ukrainian].
4. Vyrok Zavodskoho raionnoho sudu m. Mykolaiv vid 20.11.2012 u spravi № 1412/10606/12 [Verdict of the Factory District Court of Mykolaiv dated November 20, 2012 in case No. 1412/10606/12] <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/6716659>> data zvernennia 08.05.2023 [in Ukrainian].
5. Vyrok Shevchenkivskoho raionnoho sudu m. Lvova vid 11.02.2016 u spravi 466/7825/14-k [Verdict of the Shevchenkiv District Court of Lviv dated February 11, 2016 in case 466/7825/14-k] <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/55678408>> data zvernennia 08.05.2023 [in Ukrainian].
6. Ukhvala Prymorskoho raionnoho sumu m. Odesy vid 08.09.2019 u spravi № 522/11208/18 [Resolution of the Primorsky district sum of Odesa dated 09/08/2019 in case No. 522/11208/18] <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/83666934>> data zvernennia 08.05.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

AUTHORED BOOKS

7. Bantyshev O F, Shamara O V, *Kryminalna vidpovidalnist za zlochynty proty osnov natsionalnoi bezpeky Ukrainy (problemy kvalifikatsii)* [Criminal liability for crimes against the foundations of national security of Ukraine (problems of qualification)] 3-ie vyd., pererob. ta dop. (Luhansk, TOV «Virtualna realnist», 2014) 240 [in Ukrainian].
8. *Rozsliduvannia okremykh vydiv zlochyntiv* [Investigation of certain types of crimes] / O V Byshevets, M A Pohoretskyi, D B Serhieieva ta in.; za red. M A Pohoretskoho ta D B Serhieievoi (Kyiv, Alerta, 2015) 536 [in Ukrainian].

9. Pohoretskyi M A, Vakulyk O O, Serhieieva D B, *Rozsliduvannia ekonomichnykh zlochyniv: navch. posibnyk. 2-he vyd., pere-rob. ta dop.* [Investigation of economic crimes: training. manual. 2nd ed., revised. and additional] / za red. M A Pohoretskoho (Kyiv, VD «Dakor», 2015) 184 [in Ukrainian].
10. Pohoretskyi M A, *Funktsionalne pryznachennia operatyvno-rozshukovoi diialnosti u kryminalnomu protsesi* [The functional purpose of investigative activity in the criminal process] (Xarkiv, Arsis, LTD, 2007) 576 [in Ukrainian].
11. Pohoretskyi M, Shelomentsev V, *Poshuk faktychnykh danykh pro zlochyny.* Mizhnarodna politseiska entsyklopediia: u 10 t. T. VI: Operatyvno-rozshukova diialnist politsii (militsii) [Search for actual data on crimes. International police encyclopedia: in 10 vols. Vol. VI: Operative and investigative activities of the police (militia)] (Kyiv, Atika, 2010) 750–751 [in Ukrainian].
12. Chuvakov O A, *Zlochyny proty osnov natsionalnoi bezpeky Ukrainy: problemy kryminalno-pravovoi teorii i praktyky* [Crimes against the foundations of national security of Ukraine: problems of criminal law theory and practice] (Odesa, Feniks, 2017) 62 [in Ukrainian].

JOURNAL ARTICLES

13. Diorditsa I V, Poniattia ta zmist kibershpyhunstva [Concept and content of cyberespionage] (2020) 26 *Naukovi pratsi Natsionalnoho universytetu «Odeska yurydychna akademiia»* 49–55 [in Ukrainian].
14. Khodanovych V O, Okremi pytannia vyivlennia u rozsliduvannia shpyhunstva v Ukraini ta FRN [Separate issues of detection in the investigation of espionage in Ukraine and Germany] (2018) 31 *Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Ser.: Yurysprudentsiia* 130–133 [in Ukrainian].
15. Pohoretskyi M A, Operatyvno-rozshukovi zakhody: problemy pravovoho rehuliuвання [Operational investigative measures: problems of legal regulation] (2007) 14 *Borotba z orhanizovanoi zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 135–145 [in Ukrainian].
16. Pohoretskyi M A, Slidchi dii: poniattia i klasyfikatsiia [Investigative actions: concepts and classification] (2008) 1 *Nauk. visnyk Kyivskoho nats. un-tu vnutr. sprav* 142–148 [in Ukrainian].
17. Pohoretskyi M, Shelomentsev V, Poshukovi oznaky ob'iektiv operatyvnoho poshuku: poniattia ta sutnist [Search features of operational search objects: concept and essence] (2010) 4 (16) *Visnyk Akad. upravlinnia MVS* 114–121 [in Ukrainian].
18. Pohoretskyi M A, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii: problemy provadzhennia ta vykorystannia rezultativ u dokazuvanni [Secret investigative (search) actions: problems of proceedings and use of results in evidence] (2013) 1 *Yurydychnyi chasopys Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav* 270–277 [in Ukrainian].
19. Pohoretskyi M A, Serhieieva D B, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii ta operatyvno-rozshukovi zakhody: poniattia, sutnist i spivvidnoshennia [Covert investigative (search) actions and operative-search measures: concept, essence and relationship] (2014) 2 *Borotba z orhanizovanoi zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 137–141 [in Ukrainian].

Serhieieva D. B.

*Doctor of Law, Professor,
Honored lawyer of Ukraine,
Professor of the Department of Criminal
Procedure and Forensics
Educational and Scientific Institute of Law
Taras Shevchenko National University of Kyiv,
attorney*

ORCID ID: 0000-0003-1005-7046

Popykhach D. K.,

*laureate of the department of operative
and investigative activities
National Academy of Internal Affairs*

ORCID ID: 0009-0007-6588-7764

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/74-86>

CRIMINAL CHARACTERISTICS OF ESPIONAGE AND ITS SIGNIFICANCE FOR DOCUMENTATION IN OPERATIVE AND INVESTIGATIVE ACTIVITIES AND PRE-JUDICIAL INVESTIGATIONS

Abstract. *The article analyzes problematic issues of forensic characterization of espionage and its structural elements.*

The purpose of the article is to research and solve problematic issues of the forensic characterization of espionage and to substantiate its importance for documentation in operational investigative activities and pre-trial investigation.

It was determined that the forensic characteristics of espionage is a generalized information model, which is a detailed systematized description of typical forensically significant signs of espionage, which is necessary for the construction and verification of investigative versions and is essential for its detection, disclosure and investigation.

It has been proven that the forensic characteristics of espionage include the following structural elements: the object of the direct criminal offense, the method of commission, typical traces and information about the identity of the criminal.

The essence and significance of each structural element for operational-investigative and forensic documentation of espionage in a pre-trial investigation is revealed.

It is substantiated that knowledge of the structural elements of the forensic characteristics of espionage (the object of the direct criminal offense, the method of commission, typical traces and information about the identity of the criminal) is important for documenting espionage by means of counter-intelligence, operative and investigative activities in the course of their implementation, as well as by forensic means in the course of pre-trial investigation. It is emphasized that the employees of operative-investigative (counter-intelligence) units, as well as investigators (detectives) and prosecutors-procedural managers of criminal proceedings about espionage have a correct understanding of each of the elements of the forensic characteristics of espionage in combination with an understanding of the subject of evidence in criminal cases, as well as investigative signs espionage, makes it possible to effectively carry out counter-intelligence, operative-search activities and pre-trial investigation, respectively.

Key words: *espionage, documentation, forensic characteristics, pre-trial investigation, investigative activity.*

Таран О. В.,
доктор юридичних наук, професор,
провідний науковий співробітник
наукової лабораторії з проблем
протидії злочинності Національної
академії внутрішніх справ
ORCID ID: 0000–0003–4752–9924

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/87-95>

УДК 341.645.5:62

ДЕЯКІ ПИТАННЯ БЕЗПЕКИ І ОХОРОНИ ПРАЦІ У РІШЕННЯХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ (КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ)

Анотація. Статтю присвячено питанням безпеки і охорони праці у рішеннях Європейського суду з прав людини.

Метою статті є вивчення та узагальнення практики ЄСПЛ, що стосується питань безпеки і охорони праці, зокрема у випадках учинення кримінальних правопорушень.

Проаналізовано рішення Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) у справах *Önerildiz v. Turkey*; *Vilnes and others v. Norway*; *Brincat and others v. Malta*; *Budaeva and others v. Russia*; *Kolyadenko and others v. Russia*; *Kosmata v. Ukraine*, у яких застосовуються стаття 2 та стаття 8 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ) щодо трудових правовідносин, зокрема правопорушень, які мали наслідком заподіяння або ризик заподіяння шкоди життю та/або здоров'ю працівників.

Розглянуто способи правового регулювання відповідальності за правопорушення, що посягають на право людини на безпечні умови праці у різних країнах та відзначено, що у КК України обрано найбільш вдалий підхід, що дозволяє відмежувати такі кримінальні правопорушення від інших, наприклад, проти життя і здоров'я людини.

У рішеннях ЄСПЛ визначено, що позитивне зобов'язання держави полягає у забезпеченні захисту права на життя від промислових ризиків; права людини на інформацію про промислові (виробничі) ризики; доцільність кримінального провадження, якщо справа стосується небезпечних видів діяльності. Це має враховуватися національними судами під час розгляду відповідних справ та уповноваженими суб'єктами під час здійснення досудового розслідування.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини; рішення Європейського суду з прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, безпечні умови праці, охорона праці, безпека виробництва, кримінальне провадження.

Постановка проблеми. Всебічність, різноманітність, системність практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ, Суд), його особлива юрисдикція та кількість скарг, що зростає, свідчать про визнання та ефективність механізмів

і результатів роботи Суду, що спрямовані на забезпечення дотримання прав людини, тлумачення їх змісту, розвитку і розширення.

ЄСПЛ, як міжнародний суд, вважається вищою судовою інстанцією для усіх держав-членів Ради Європи, що

ратифікували Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ).

ЄСПЛ має право:

1) розглядати індивідуальні та міждержавні скарги, подані до ЄСПЛ проти одного або декількох держав-членів Ради Європи або проти Європейського союзу;

2) визнавати факт того, що було порушено те чи інше право заявника;

3) присудити заявнику виграну, справедливую компенсацію;

4) тлумачити Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод;

5) встановлювати факт того, що будь-яке порушення в певній державі носить масовий характер через системні проблеми, у зв'язку з чим наказувати цій державі вжити заходів щодо виправлення цього недоліку;

6) розглядати запит комітету міністрів Ради Європи з питання про те, чи не порушила держава – відповідач своє зобов'язання по виконанню постанов (рішень) ЄСПЛ;

7) давати тлумачення раніше винесеної постанови на запит Комітету Міністрів Ради Європи;

8) вносити Консультативні висновки про тлумачення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, з питань, не пов'язаних з розглядом справ¹.

Такий обсяг повноважень та обов'язковий характер рішень ЄСПЛ, серед іншого, забезпечують формування єдиного розуміння змісту та обсягу прав, передбачених ЄКПЛ та можливостей їх захисту засобами Суду.

Водночас, незважаючи на різноманітність і значний масив рішень ЄСПЛ, рішення у справах щодо порушення прав людини на безпечні умови праці, у сфері безпеки виробництва (кримінальне судочинство) не є поширеними настільки, щоб можна було зробити розширене змістовне та детальне узагальнення правових позицій Суду з цього питання.

У цій роботі предметом уваги є рішення, у яких відображено позицію Суду за результатами розгляду скарг, які стосувались порушень прав людини на безпечні і здорові умови праці за які передбачено кримінальну відповідальність.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Питання юридичної відповідальності за порушення трудових прав та права на безпечні умови праці, забезпечення цих прав у світлі міжнародного права, практики ЄСПЛ розглядали Л.П. Амелічева, У.П. Бек, О.Г. Турченко, С.В. Венедіктов, П.О. Ізуїта, Н.В. Ільків О.В. Ільницький, С.Я. Лихова, Р.Т. Чернега, та ін.

Цим та іншим науковим дослідженням належить вагомий внесок у дискусію щодо змісту та обсягу права на безпечні умови праці, ефективних засобів його реалізації та захисту. Особливе значення тут має практика ЄСПЛ, яка наразі хоча і не містить значного масиву відповідних рішень, але наявні правові позиції формують уявлення про оцінку Судом різних обставин таких правопорушень, їх розслідування та судового розгляду.

Метою статті є вивчення та узагальнення практики ЄСПЛ, що стосується питань безпеки і охорони праці, зокрема у випадках учинення кримінальних правопорушень.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Вивчення кримінального законодавства деяких зарубіжних країн у частині відповідальності за порушення правил охорони праці і техніки безпеки, професійних обов'язків та ін., показало, що у згаданих законах часто відсутні відповідні самостійні норми, і загалом спостерігається тенденція до універсалізації норм про відповідальність за порушення різних правил безпеки у різних галузях виробництва, пов'язаних з порушенням професійних обов'язків та ін.

¹ В Лутковська, Судова практика Європейського суду з прав людини. Рішення щодо України (Київ, «Праксіс», 2005) 480.

Наприклад, у КК Швеції, Бельгії, Австрії, Норвегії та ін. заподіяння шкоди внаслідок порушення правил безпеки охоплюється загальною нормою, яка розміщена у главі (розділі) про злочини проти життя і здоров'я.

Для порівняння наведемо декілька статей КК різних країн, що передбачають відповідальність за злочини проти безпеки виробництва (використано законодавчу конструкцію КК України).

У ст. 222–20 Франції передбачено відповідальність за недотримання правил безпеки, в результаті якого здоров'ю іншої особи завдано шкоду, що призвела до втрати працездатності на строк до трьох місяців.

У ст. 383 КК Туреччини зазначено, що якщо дії особи в результаті необережності, неухважності, недосвідченості у професійній або ремісницькій діяльності, недотримання правил, наказів і інструкцій викликали пожежу, вибух, руйнування, що загрожують загальній безпеці, то така особа карається позбавленням волі на строк до тридцяти місяців або грошовим штрафом.

§ 319 КК ФРН «Створення небезпеки в результаті порушення правил будівельних робіт» (1) Хто при плануванні, керівництві будівництвом або при виконанні будівельних робіт або під час знесення споруди порушує загальноприйняті правила техніки і цим створює небезпеку для здоров'я або життя іншої особи, карається... (2) Так само карається той, хто на виконання професійної діяльності або ремесла, під час планування, керівництва або здійсненні наміру встановити на будівельному об'єкті технічне обладнання або переробити встановлене обладнання такого роду, порушує загальноприйняті правила техніки, і цим створює небезпеку для здоров'я або життя людини. (3) Хто спричиняє небезпеку з необережності, карається... (4) Хто у випадках, зазначених у абз. 1 і 2, діє недбало

і спричиняє небезпеку з необережності, карається <...>¹.

Отже, кримінальне законодавство різних країн помітно різниться, а якщо порівнювати з національним – суттєво. О.О. Бахуринська запропонувала класифікацію порушень трудових прав, яка враховує особливості національного законодавства. А саме: порушення трудових прав людини і громадянина, не пов'язані з посяганням на життя та здоров'я, і порушення правил охорони праці й техніки безпеки на виробництві, які створюють загрозу заподіяння шкоди життю та здоров'ю людини².

Якщо користуватись цією класифікацією, то ми розглядаємо рішення ЄСПЛ, що стосуються правопорушень, зазначених у другій групі.

Відмінність кримінально-правової регламентації відповідальності за порушення прав людини у сфері безпеки виробництва, а також механізмів встановлення та відшкодування шкоди внаслідок нещасних випадків, вплинула на формування позицій Суду. У справі Коляденко та інші проти Росії зазначено, що Суд повинен розглянути специфічні обставини справи з урахуванням, серед іншого, законності дій влади, внутрішнього процесу ухвалення рішень, включаючи відповідні розслідування і аналіз, а також складність питання. У п. 159 згаданого рішення йдеться про те, що якщо право на життя або особисту недоторканість не було умисним (нешасний випадок – *авт.*), позитивний обов'язок з створення ефективної судової системи не обов'язково передбачає кримінальне провадження у кожному разі і може бути виконано, якщо постраждалим було забезпечено доступ до цивільних, адміністративних або дисциплінарних засобів правового захисту. Утім, що стосується аспекту небезпечних видів діяльності, Суд вважає необхідним проведення офіційного кримінального розслідування,

¹ О Таран, Кримінальна відповідальність за злочини проти безпеки виробництва в Україні та зарубіжних країнах (2013) 4 *Безпека людини в умовах глобалізації: сучасні правові парадигми* 358.

² О Бахуринська, Кримінально-правова характеристика порушення вимог законодавства про охорону праці (ст. 271 КК України) (дис... канд. юрид. наук. 12.00.08 КНУ ім. Тараса Шевченка, Київ, 2007) 25–29.

оскільки органи державної влади іноді є єдиними компетентними органами, які здатні розібратись у складних процесах, які могли стати причиною інциденту. Суд встановив, що якщо той або інший представник органу влади наразив на небезпеку життя людини, усвідомлюючи можливі наслідки і нехтуючи покладеними на нього повноваженнями, не вжив заходів, які були б необхідними і достатніми для запобігання ризиків, пов'язаних з небезпечними видами діяльності, і при цьому йому не було пред'явлено обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і він не був притягнутий до кримінальної відповідальності, то може бути порушення статті 2, незалежно від будь-яких засобів правового захисту, якими зазначені особи (тут заявники – *авт.*) можуть скористатись за власною ініціативою¹.

Отже, Суд убачає можливим застосування різних засобів правового захисту, залежно від норм внутрішнього законодавства, позиції влади та інших чинників, проте підкреслює доцільність кримінального розслідування, якщо справа стосується небезпечних видів діяльності (у разі смерті або загрози життю при виконанні небезпечних видів діяльності) та складності встановлення обставин правопорушення (діяльність уповноважених органів, система правового регулювання, особи, причетні до правопорушення). Саме ці умови є характерними для кримінально-правової кваліфікації та розслідування злочинів проти безпеки виробництва у національній правозастосовній практиці.

Важливо зауважити, що Суд відмежовує небезпечні види діяльності, що пов'язані із виробничими (промисловими) ризиками захист від яких повинен забезпечуватись державою та небезпечні види діяльності з боку людини. У рішенні по справі Прилуцький проти України у п. 32 зазначено, що у сфері небезпеч-

них видів діяльності позитивні зобов'язання не повинні бути надмірно порушені патерналістськими інтерпретаціями, беручи до уваги, що поняття особистої автономії є важливим принципом, що лежить в основі гарантій Конвенції (у першу чергу тих, що стосуються приватного життя). Певні життєві кроки, які вчиняє людина згідно з її власним раціональним вибором, також можуть містити в собі можливість здійснення діяльності, яка сприймається фізично або психічно шкідливою або небезпечною для певної особи, і неналежне втручання держави в цю свободу особистого вибору може призвести до суперечностей конвенційним положенням².

Що стосується правових позицій ЄСПЛ щодо питань безпеки виробництва (у розумінні національного законодавства), то такі позиції відображено у нечисленних рішеннях, головними з яких є: *Öneryıldız v. Turkey*; *Vilnes and others v. Norway*; *Brincat and others v. Malta*; *Budaeva and others v. Russia*; *Kolyadenko and others v. Russia*; *Kosmata v. Ukraine*.

Відтак, зважаючи на невелику кількість справ, можна сказати, що безпека виробництва (охорона праці, техніка безпеки) – відносно новий предмет розгляду у ЄСПЛ і заслуговує на особливу увагу.

Важливим кроком у розвитку прав людини у виробничій діяльності стало поширення положень ст. 2 Конвенції на цю сферу. У справі Коляденко та інші проти Росії Суд зазначає, що положення статті 2 Конвенції стосуються не тільки спричинення смерті в результаті використання сили представниками держави, але й першим реченням її першого параграфу передбачають позитивний обов'язок країн вжити відповідні кроки у рамках сфери своїх повноважень (п. 121). Позитивний обов'язок вживати належних заходів, що спрямовані на захист життя, передбачений статтею 2 передбачає обов'язок влади забезпечити

¹ Case of *Kolyadenko and others v. Russia*: ECHR28.02.2012 <<https://hudoc.echr.coe.int> › conversion › docx › accessed 16.03.2023.

² Справа «Прилуцький проти України». Рішення Європейського суду з прав людини від 26.02.2015 <<http://old.minjust.gov.ua/file/47282>> дата звернення 16.03.2023.

законодавчу і адміністративну основу для забезпечення ефективного захисту від загроз права на життя (п. 127). Суд вважає, що цю обставину потрібно розглядати в контексті певної діяльності, незалежно від того публічна вона чи ні, у якій право на життя може бути порушене, та у випадку із діяльністю, пов'язаною промисловими об'єктами, яка за своєю природою є небезпечною. У випадку з такими небезпечними діями, особливу увагу потрібно приділяти нормативним документам, які враховують особливі характеристики діяльності, що розглядається, а особливо рівень потенційної загрози життю людини (п. 128)¹.

Інший важливий висновок сформульовано у рішенні у справі *Vilnes fnd others v. Norway* (2013). Зміст скарги заявників полягав у тому, що вони працюючи водолазами вони втратили дієздатність в результаті занурення в Північному морі для нафтових компаній під час початкового періоду дослідження нафти (з 1965 по 1990 рр.). Всі заявники скаржилися, що Норвегія не вжила необхідних заходів для захисту здоров'я та життя глибоководних дайверів під час роботи в Північному морі та, стосовно трьох заявників, у випробних установках. Всі вони також стверджували, що держава не забезпечила їх достатньою інформацією про ризики, пов'язані з глибоководним зануренням та зануреннями для проведення досліджень.

Суд постановив, що мало місце порушення статті 8 Конвенції, у зв'язку тим, що влада Норвегії не гарантувала заявникам отримання необхідної інформації для оцінення ризиків для здоров'я та життя в результаті використання таблиць швидкого зниження тиску².

У рішенні у справі за скаргою *Brincat and others v. Malta* (2014) Суд зазначає про обов'язок держави створити законодавчий та адміністративний механізм, спроможний забезпечити ефективну

протидію загрозам праву на життя. Цей обов'язок безперечно виникає в контексті небезпечних видів діяльності, у яких, крім того, особливу увагу необхідно приділяти положенням, спрямованим на особливості відповідного виду діяльності, зокрема рівень потенційної загрози життю людей. Ці норми мають регулювати ліцензування, організацію, проведення, безпеку та нагляд за відповідними заходами, а також зобов'язати усіх причетних до неї осіб вжити практичних заходів для забезпечення ефективного захисту громадян, чиє життя може опинитися під загрозою супутніх ризиків.

Окрему увагу потрібно приділити аналізу рішення ЄСПЛ у справі *Космата* проти України.

Так, заявниці є відповідно матір'ю і сестрою К., який працював на млині, що належав підприємству «О». 4 березня 2006 року, коли К. здійснював очистку екструдера млина, невідома особа увімкнула електроенергію, що привело у дію обладнання, внаслідок чого К. зазнав тяжких тілесних ушкоджень. 9 березня 2006 року К. помер у лікарні від отриманих ушкоджень.

Спеціальне розслідування та судовий розгляд.

1) комісія з розслідування нещасного випадку на виробництві у зв'язку невизначеністю характеру відносин між сторонами (факт трудових відносин між К. та підприємством) вирішила, що процедура проведення спеціального розслідування не поширюється на К., оскільки він не був найманим працівником та, будучи вільнонайманим працівником, не сплачував внесків до фонду соціального страхування він нещасних випадків на виробництві. Відповідно, комісія вирішила не проводити спеціальне розслідування та надати зібрані матеріали місцевим державній адміністрації та прокуратурі.

¹ Case of *Kolyadenko and others v. Russia*: ECHR28.02.2012 <<https://hudoc.echr.coe.int> > conversion > docx > accessed 16.03.2023.

² Практика ЄСПЛ: Фактичні дані – Здоров'я <<http://unba.org.ua/publications/print/1262-praktika-espl-faktichni-dani-zdorov-ya.html>> дата звернення 16.03.2023.

Характер правовідносин як трудових, було вставлено в судовому порядку за позовом заявниць.

На виконання рішення суду було призначено другу комісію з розслідування нещасного випадку на виробництві, за результатами роботи якої було складено акт та зроблено висновок, що нещасний випадок не був пов'язаний з роботою. Керівництво не давало К. завдання відремонтувати екструдер та навіть забороняло йому це робити. Згідно з висновками, К. у стані алкогольного сп'яніння самовільно включив електричне живлення екструдера та почав очищати його пиłosосом. Екструдер затягнув край одягу К., внаслідок чого стався відрив верхніх кінцівок К., і йому було завдано інших тілесних ушкоджень, які виявилися летальними. До цього акту Б. (член комісії) додала окрему думку, в якій зазначила, що комісія не врахувала організаційні причини нещасного випадку, а саме відсутність на млині системи управління безпекою охорони праці, незабезпечення навчання К. правилам безпеки праці, а також недотримання технічних норм і вимог.

Кримінальне провадження. Протягом 2006–2011 рр. районна прокуратура неодноразово відмовляла у порушенні кримінальної справи, а обласна – скасовувала такі рішення (на той час розслідування злочинів проти безпеки виробництва належало до підслідності прокуратури, був чинним КПК 1960 року).

1 березня 2011 року обласна прокуратура скасувала постанову від 16 лютого 2011 року та порушила кримінальну справу щодо посадових осіб підприємства «О» за підозрою у порушенні вимог законодавства з охорони праці, що спричинило смерть. У постанові, зокрема, зазначалося, що попередні дослідчі перевірки були поверховими. Також зазначалося, що нижчестоящими прокурорами не було враховано окрему думку Б., додану до акту другої комісії, та не опи-

тано її. Крім того, було вказано, що справа порушує низку питань, включно з питаннями, на які вказала Б., які вимагають експертного дослідження, зокрема, питання щодо того, хто відповідав за безпеку праці на млині.

27 грудня 2011 року за результатами проведення призначеної слідчим технічної експертизи було складено висновок щодо причин нещасного випадку. Експерт дійшов висновку, що К. увімкнув екструдер для того, щоб пришвидшити процес очищення, і внаслідок цього зазнав тілесних ушкоджень, що призвели до його смерті. Експерт також дійшов висновку, що керівництво підприємства порушило низку положень законодавства з охорони праці, зокрема, у зв'язку з тим, що К. було дозволено працювати з екструдером без належної підготовки з питань охорони праці, що йому протиправно було дозволено доступ до вмикача електричного живлення машини та дозволено працювати з несправною та частково розібраною машиною.

30 березня 2012 року З. було пред'явлено обвинувачення у порушенні вимог законодавства з охорони праці під час виконання робіт підвищеної небезпеки, що спричинило смерть.

Станом на 8 квітня 2014 року провадження ще тривало (вирок винесено 25 лютого 2016 року. ОСОБА_4 визнано винуватою у вчиненні злочину передбаченого ч. 2 ст. 271 КК України та призначено покарання у вигляді обмеження волі строком на 3 роки з призначенням додаткового покарання у вигляді позбавлення права займати посаду директора МП «Орбита-Н», а також інших посад пов'язаних з виконанням організаційно-розпорядчих функцій строком на 3 роки¹).

Доводи сторін. Заявниці стверджували, що розслідування було неефективним. Вони зазначили, що розслідування було повільним та характеризувалось численними постановами про відмову в пору-

¹ Вирок Центрального районного суду м. Николаева від 25.02.2016. Справа № 1423/8634/2012. Проведення 1/490/44/2016 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56244388>> дата звернення 18.03.2023.

шенні кримінальної справи, які потім скасовувалися. Вони стверджували, що національними органами влади не було встановлено особу, яка увімкнула машину і завдала таким чином тілесних ушкоджень К., а також що вони невірно встановили причину нещасного випадку, необґрунтовано стверджуючи, що він стався внаслідок алкогольного сп'яніння К.

Уряд стверджував, що розслідування за фактом смерті К. відповідало вимогам статті 2 Конвенції. Правоохоронні органи розпочали розслідування вже у день нещасного випадку, опитали свідків та призначили проведення експертиз. Належним чином призначені комісії провели розслідування та дійшли висновку, що К. перебував у стані алкогольного сп'яніння, самовільно, не маючи на це вказівок керівництва, увімкнув машину і таким чином спричинив нещасний випадок. Заявниці брали активну участь у розслідуваннях. Органи влади вжили усіх заходів для встановлення осіб, винних у смерті К. Уряд стверджував, що певні питання цієї справи були складними, а тому вимагали проведення технічних експертиз, що зумовлювало подовження тривалості кримінального розслідування.

У оцінці обставин справи, Суд послідовно дотримується позицій, викладених у рішеннях, що згадувались раніше (справи *Онер'їлдіз проти Туреччини*, *Брінкат та інші проти Мальти*), також зазначає, що загалом держави повинні мати свободу розсуду щодо вирішення питань розробки і імплементації законодавства про захист права на життя. Проте найважливішим є те, що яким би не був спосіб розслідування, доступні засоби юридичного захисту в їх сукупності повинні становити юридичні засоби, здатні призвести до встановлення фактів, притягнення до відповідальності винних осіб та забезпечення відповідного відшкодування. Будь-який недолік розслідування, який перешкоджає-

ме його здатності встановити причину смерті або осіб, що несуть за неї відповідальність, може призвести до констатації недотримання вимог Конвенції. З цього випливає вимога щодо своєчасності розслідування та відсутності його непотрібних затримок.

Загальний висновок Суду. Станом на 8 квітня 2014 року, тобто більш ніж через вісім років та один місяць з часу нещасного випадку, судовий розгляд справи щодо З., яка стосується обставин, пов'язаних зі смертю К., предметом якого є з'ясування обставин смерті К., все ще тривав. Відповідно, не можна дійти висновку, що загальна тривалість розслідування була виправдана обставинами справи.

Вищенаведених міркувань для Суду достатньо, щоб дійти висновку, що було порушення процесуального аспекту статті 2 Конвенції¹.

Наведене рішення становить особливий інтерес також з огляду на те, що демонструє основні вади та недоліки нормативно-правового регулювання питань безпеки виробництва та кримінального провадження щодо таких злочинів. А саме: 1) прогалини законодавства, що дозволяють приховувати факт трудових відносин шляхом укладання іншого договору з метою ухилення роботодавця від обов'язку проводити передбачені законом заходи з охорони праці, а у разі нещасно випадку – уникнути відповідальності; 2) факти приховування нещасних випадків на виробництві; 3) безпідставне визнання нещасних випадків не пов'язаними з виробництвом, 4) латентність злочинів проти безпеки виробництва; 5) неефективність проведення досудового розслідування; 6) тривалість розслідування та ін.

Зазначимо також, що ознайомлення зі змістом судових рішень у провадженнях про злочини проти безпеки виробництва не дало можливості з'ясувати у якому контексті та які саме правові позиції

¹ Справа «Космата проти України». Рішення Європейського суду з прав людини від 15.01.2015 <<http://old.mjnust.gov.ua/file/43544>> дата звернення 18.03.2023.

ЄСПЛ використовуються національними судами, у зв'язку з тим, що такі рішення не вдалося віднайти.

Висновки. У рішеннях ЄСПЛ, що стосуються права на безпечні умови праці сформульовано низку правових позицій, які розкривають різні аспекти забезпечення і охорони цього права, ефективного розслідування правопорушень. Серед них: важливість законності дій влади, внутрішнього процесу ухвалення рішень, включаючи відповідні розслідування; можливість та ефективність застосування цивільних, адміністративних або дисциплінарних засобів правового захисту, при цьому для небезпечних видів діяльності необхідним є проведення офіційного кримінального розслідування з огляду на те, що складність справи передбачає

залучення органів державної влади, які є компетентними у з'ясуванні обставин події; значення вивчення нормативних документів, які враховують особливі характеристики діяльності, що розглядається, а особливо рівень потенційної загрози життю людини.

Слід підкреслити, що використання рішень ЄСПЛ національними судами є однією з важливих умов законності і обґрунтованості судових рішень. Доцільно також навести позицію Суду про те, що національна влада не повинна ні за яких обставин допускати таку можливість, за якої життя людини буде безкарно піддане небезпеці. Це необхідно для підтримання суспільної довіри та забезпечення дотримання законності та запобігання будь-якій терпимості щодо протиправних дій¹.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

CASES

1. Sprava «Onerildiz proty Turechchyny» [Oneriyildiz v. Turkey] Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny vid 18.06.2002 <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_181> data zvernennia 16.03.2023 [in Ukrainian].
2. Case of Kolyadenko and others v. Russia: ECHR28.02.2012 <<https://hudoc.echr.coe.int> › conversion › docx ›> accessed 16.03.2023.
3. Sprava «Kosmata proty Ukrainy» [Kosmata v. Ukraine] Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny vid 15.01.2015 <<http://old.minjust.gov.ua/file/43544>> data zvernennia 16.03.2023 [in Ukrainian].
4. Sprava «Pryluts'kyi proty Ukrainy» [Pryluts'kyi v. Ukraine] Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny vid 26.02.2015 <<http://old.minjust.gov.ua/file/47282>> data zvernennia 16.03.2023 [in Ukrainian].
5. Vyrok Tsentralnoho raionnoho sudu m. Mykolaieva vid 25.02.2016. *Sprava № 1423/8634/2012*. Provadzhennia 1/490/44/2016 [Verdict of the Central District Court of Mykolaiv dated February 25, 2016. Case No. 1423/8634/2012. Proceedings 1/490/44/2016] <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56244388>> data zvernennia 16.03.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

BOOKS

6. Lutkovs'ka V V, *Sudova praktyka Yevropeys'koho sudu z prav liudyny. Rishennya shchodo Ukrainy* [Case law of the European Court of Human Rights. Decision on Ukraine] (Kyiv, Praksis, 2005) 480 [in Ukrainian].
7. *Praktyka YESPL: Faktychni dani – Zdorov'ya* [ECtHR practice: Factual data – Health] <<http://unba.org.ua/publications/print/1262-praktika-espl-faktichni-dani-zdorov-ya.html>> data zvernennia 16.05.2023 [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

8. Taran O V, Kryminal'na vidpovidal'nist' za zlochyny proty bezpeky vyrobnytstva v Ukrainy ni ta zarubizhnykh krayinakh: *Bezpeka liudyny v umovakh hlobalizatsiyi: suchasni pravovi paradyhmy*: Materialy VII Mizhnarodnoyi naukovy-praktychnoyi konferentsiyi, m. Kyiv, Natsional'nyy aviaatsiynnyy universytet, 24 lyutoho 2017 r.] Tom I. Ternopil': Vektor, 2017. S.358; [in Ukrainian].

¹ Sprava «Oner'ildiz proty Turachchyny». Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny vid 18.06.2002 <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_181> data zvernennia 16.03.2023.

DISSERTATIONS

9. Bakhuryns'ka O O, Kryminal'no-pravova kharakterystyka porushennya vymoh zakonodavstva pro okhoronu pratsi (st. 271 KK Ukrainy) [Criminal and legal characteristics of violation of the requirements of the legislation on labor protection (Article 271 of the Criminal Code of Ukraine)] (dys... kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Kyivivs'kyu natsional'nyy un-t im. Tarasa Shevchenka. Kyiv, 2007) 235 [in Ukrainian].

Taran O. V.

Doctor of Law, Professor,

Leading researcher

scientific laboratory for problems

counter crime of the National

Academy of Internal Affairs

ORCID ID: 0000-0003-4752-9924

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/87-95>

SOME ISSUES OF SAFETY AND LABOR PROTECTION IN DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (CRIMINAL PROCEEDINGS)

Abstract. *The article is devoted to issues of occupational safety and health in the decisions of the European Court of Human Rights.*

The purpose of the article *is to study and generalize the practice of the ECtHR, which concerns issues of occupational safety and health, in particular in cases of criminal offenses.*

The decision of the European Court of Human Rights (ECtHR) in the cases of Öneriyıldız v. Turkey; Vilnes fnd others v. Norway; Brincat and others v. Malta; Budaeva and others v. Russia; Kolyadenko and others v. Russia; Kosmata v. Ukraine, in which Article 2 and Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) are applied to labor relations, in particular offenses that resulted in or risked harm to the life and/or health of employees.

The methods of legal regulation of responsibility for offenses that encroach on the human right to safe working conditions in different countries were considered, and it was noted that the Criminal Code of Ukraine chose the most successful approach, which allows distinguishing such criminal offenses from others, for example, against human life and health.

The decisions of the ECtHR determined that the positive obligation of the state is to ensure the protection of the right to life from industrial risks; human rights to information about industrial (production) risks; the expediency of criminal proceedings, if the case concerns dangerous types of activity. This should be taken into account by national courts during consideration of relevant cases and by authorized entities during pre-trial investigation.

Key words: *European Court of Human Rights; decision of the European Court of Human Rights, Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, safe working conditions, occupational safety, production safety, criminal proceedings.*

Тетерятник Г.К.,

кандидат юридичних наук, доцент,

завідувач кафедри кримінального процесу

Одеського державного університету внутрішніх справ

ORCID ID: 0000-0002-8321-7912

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/96-107>

УДК 343.13

ПРЕВЕНТИВНЕ ЗАТРИМАННЯ: ПИТАННЯ НОРМАТИВНОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ

Анотація. Доводиться, що превентивне затримання є одним із специфічних заходів забезпечення кримінального провадження, який було введено у зв'язку із початком АТО в Україні. Констатується, що існуючі прогалини та невідповідності у законодавстві щодо превентивного затримання створюють суттєві ризики порушення прав людини, а також знижують ефективність забезпечення прав осіб щодо яких воно може бути застосовано, створюють передумови для визнання доказів недопустимими.

Метою статті є отримання наукових результатів у вигляді теоретичних положень щодо превентивного затримання та формулювання пропозицій із вдосконалення чинного законодавства.

У статті аналізуються норми законодавства, що регулює питання превентивного затримання, звертається увага на невідповідності норм різних правових актів, існуючих прогалинах щодо регулювання підстав, строків та порядку превентивного затримання.

Доведено, що нормативно мають бути чітко визначені: поняття, підстави та умови превентивного затримання, його порядок. На підставі проведеного дослідження авторкою запропоновано внесення змін до чинного КПК з метою вдосконалення нормативної регламентації інституту превентивного затримання. Констатується, що термін «превентивне затримання» не є релевантним змісту запобіжного заходу, який під ним розуміється. Запропоновано авторську дефініцію «виняткове затримання в районі проведення АТО / ООС». Пропонується внесення до параграфу 2 глави 18 КПК України статті «Виняткове затримання в районі проведення АТО / ООС» із визначенням поняття, підстав та умов превентивного затримання, порядку отримання дозволу на проведення превентивного затримання, визначення кола обставин, які враховуються при прийнятті рішення про застосування цього заходу; визначення прав та гарантій їх реалізації затриманою особою; порядок здійснення судового контролю, визначення статусу майна, вилученого під час особистого обшуку та строків для його арешту.

Ключові слова: превентивне затримання, запобіжний захід, антитерористична операція, права і свободи людини, кримінальне провадження.

Постановка проблеми. З початком АТО / ООС на Сході України відбулися зміни у вітчизняному законодавстві. Зокрема, Закон України (далі – ЗУ) «Про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» щодо превентивного затримання у районі проведення антите-

рористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години» від 12.08.2014 № 1630-VII ст. 14 було доповнено нормою про превентивне затримання, а також додано ст. 15–1 «Особливості превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, при-

четних до терористичної діяльності», у якій визначаються мета, підстави, умови, строки і порядок превентивного затримання¹. Для врегулювання питань, у випадках, пов'язаних із неможливістю виконання слідчими суддями окремих повноважень у районі АТО ЗУ «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції» КПК України було доповнено ст. 615–1, у якій визначено: «На місцевості (адміністративній території), на якій діє правовий режим воєнного, надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції, у разі неможливості виконання у встановлені законом строки слідчим суддею повноважень, передбачених статтями 163, 164, 234, 235, 247 та 248 цього Кодексу, а також повноважень щодо обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на строк до 30 діб до осіб, які підозрюються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114⁻¹, 258–258⁻⁵, 260–263⁻¹, 294, 348, 349, 377–379, 437–444 Кримінального кодексу України, ці повноваження виконує відповідний прокурор»².

У той же час, невідповідність зазначені норми містять низку неузгодженостей на невизначеностей у частині поняття, підстав, строків, процесуального порядку превентивного затримання, його відповідності міжнародним стандартам забезпечення прав людини.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Окремим аспектам превентивного затримання присвячені публікації О.В. Каплі-

ної, С.А. Комісарова, С.С. Кудінова, О.В. Лазукової, В.В. Мокляка, М.А. Погорецького, І.В. Рогатюка, Є. Ромінського, І. Усенко, Т.Г. Фоміної, та ін.

Метою статті є отримання наукових результатів у вигляді теоретичних положень щодо превентивного затримання та формулювання пропозицій із вдосконалення чинного законодавства.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. У Заяві Верховної Ради України (далі – ВРУ) «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» з посиленням на вищенаведений ЗУ «Про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» щодо превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години» була вказана необхідність певного відступу України від зобов'язань, визначених п. 3 ст. 2, ст.ст. 9 та 14 Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (далі – МППП), ст. ст. 6 та 13 Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – КЗПЛ). При цьому підкреслювалося: «Водночас застосування таких норм виключно під час проведення антитерористичної операції у виняткових випадках з метою запобігання тяжким злочинам є тими межами, яких вимагає гострота небезпеки, спричинена збройною агресією Російської Федерації та діями терористичних угруповань, підтримуваних Російською Федерацією»³.

¹ Про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» щодо превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години»: Закон України від 12.08.2014 р. № 1630 – VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1630-18#Text>> дата звернення 12.03.2023.

² Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції»: Закон України від 12.08. 2014 р. № 1631-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1631-18#Text>> дата звернення 12.03.2023.

³ Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод»: постанова Верховної Ради України від 21 травня 2015 р. № 462- VIII (2015) 29 *Відомості Верховної Ради України* 267.

У своєму зауваженні загального порядку № 29 Комітет з прав людини підкреслив, що заходи відступу від положень МППГП мають носити виключний та тимчасовий характер... і будь-які заходи повинні бути обмежені тією мірою, яку суворо вимагає гострота ситуації (тривалість, географія, суттєвість надзвичайного положення)¹.

Відповідно до постанови Вищого адміністративного суду України від 18 жовтня 2016 р. у справі № 800/232/16, згідно з аналізом рішень ЄСПЛ у справах «Лоулесс проти Ірландії» 1961 р., «Бранніган та МакБрайд проти Великобританії» 1993 р. та «А та інші проти Великобританії» 2009 р. у справах за ст. 15 КЗПЛ ЄСПЛ «були прийняті не однакові за змістом рішення», і «що тільки ЄСПЛ, розглядаючи конкретні скарги до держави-відповідача – України може надати оцінку та певні висновки щодо дотримання державою ст. 15 ЄКПЛ, а також необхідності вжиття тих чи інших заходів в умовах, що існують на тимчасово окупованих територіях України та в районах проведення АТО»².

У кожному випадку ЄСПЛ приймає рішення, виходячи із конкретних обставин справи. Однак, при оцінці наявності порушень за п. 3 ст. 5 КЗПЛ навіть у разі відступу від зобов'язань за ст. 15 КЗПЛ у будь-якому разі оцінюється можливість доступу до habeas corpus як важливої гарантії дотримання права на свободу та особисту недоторканість. Крім того, оцінюється пропорційність застосовуваних заходів фактичній небезпеці та відповідній «надзвичайній» ситуації, якою обумовлені такі обмеження, ефективність діяльності уряду щодо створення додаткових гарантій дотримання прав, передбачених КЗПЛ, прийнятних у таких умовах.

Слід зауважити, що КПК України не передбачає такого виду затримання,

як превентивне. Більш того, у ч. 1 ст. 12 КПК України визначено, що під час кримінального провадження ніхто не може триматися під вартою, бути затриманим або обмеженим у здійсненні права на вільне пересування в інший спосіб через підозру або обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення інакше як на підставах та в порядку, передбачених КПК України, що відповідає п. 1 (с) ст. 5 КЗПЛ: «Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом: ... законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення»³.

Мета превентивного затримання, яка визначена у ст. 14 наведеного нормативного акту як *захист* громадян, держави і суспільства від *терористичних загроз* у районі проведення довготривалої антитерористичної операції, у ст. 15–1 визначається, що такий захід застосовується «для *відвернення терористичних загроз* у районі проведення антитерористичної операції» (курсив наш – Г.Т.). У ст. 10 цього ж закону зазначається, що «Антитерористична операція проводиться лише за наявності *реальної загрози* життю і безпеці громадян, інтересам суспільства або держави у разі, якщо усунення цієї загрози іншими способами є неможливим». Таким чином, відповідно до ст. 10 загроза повинна мати характер реальної, що не визначено у ст.ст. 14, 15. Крім того, якщо у ч. 14 зазначається про можливість превентивного затримання в районі проведення довготривалої АТО, то ст. 15–1 не містить жодного посилання на тривалість АТО, так само і чинне

¹ General Comment No. 29, "Derogation during a state of emergency", in "International human rights instruments: Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies", UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), 184 ff.

² Постанова від 18 жовтня 2016 р. у справі № 800/232/16. Вищий адміністративний суд України. <https://court.gov.ua/log_documents/1127736/9991/> дата звернення 12.03.2023.

³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: від 04.11.1950 <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004> дата звернення 12.03.2023.

законодавство не роз'яснює, що означає «довготривала АТО».

Як було зазначено вище, превентивне затримання за підозрою у вчиненні терористичної діяльності не може вважатися позапроцесуальним заходом. Відтак, необхідно виходити з тих положень КПК України, які визначають мету застосування заходів забезпечення кримінального провадження, враховуючи, що затримання відноситься до їх різновиду, та відповідно до мети застосування запобіжних заходів. Відповідно до ч. 1 ст. 131 КПК України метою застосування заходів забезпечення кримінального провадження є забезпечення його дієвості, а згідно із ч. 1 ст. 177 КПК України метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується. На нашу думку, намагання законодавця якимось чином уточнити мету превентивного затримання через вживані формулювання «захист громадян, держави і суспільства від терористичних загроз», «відвернення терористичних загроз» створює зайве перевантаження нормативних конструкцій. Саме поняття терористичної загрози у вказаному законі не містить-

ся, воно наведене у Концепції боротьби з тероризмом в Україні, затвердженій Указом Президента України від 5 березня 2019 року № 53/2019, відповідно до якої терористична загроза визначається як існуючі та потенційно можливі чинники, що створюють небезпеку вчинення терористичного акту щодо об'єкта можливих терористичних посягань та настання негативних наслідків від нього. У зазначеному документі також використовується поняття терористичний ризик – критерій, за яким визначається ступінь загрози вчинення терористичного акту щодо об'єкта можливих терористичних посягань, ступінь уразливості такого об'єкта до можливих терористичних посягань та можливі негативні наслідки від терористичного акту щодо такого об'єкта¹. У п. 7 Положення про єдину державну систему запобігання, реагування і припинення терористичних актів та мінімізації їх наслідків, затверджене Постановою КМУ № 82 від 18 лютого 2016 року, визначені рівні терористичних загроз, в залежності від наявної інформації про загрозу вчинення або вчинення терористичного акту: «сірий (можлива загроза)» – за наявності факторів (умов), що сприяють вчиненню терористичного акту; «синій (потенційна загроза)» – за наявності інформації, що потребує підтвердження, про підготовку до вчинення терористичного акту; «жовтий (імовірна загроза)» – за наявності достовірної (підтвердженої) інформації про підготовку до вчинення терористичного акту; «червоний (реальна загроза)» – у разі вчинення терористичного акту². Водночас, якщо слідувати логікою законодавця, превентивне затримання може бути застосоване не тільки у разі вчинення терористичних актів, а й при наявності обґрунтованої підозри у вчиненні інших злочинів, які підвищують саме терорис-

¹ Про Концепцію боротьби з тероризмом в Україні: Указ Президента України від 05.03.2019 р. № 53/2019. <https://ips.ligazakon.net/document/u053_19?an=122> дата звернення 12.03.2023.

² Положення про Єдину державну систему запобігання, реагування і припинення терористичних актів та мінімізації їх наслідків: Постанова КМУ від 18.02.2016 р. № 82. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/92-2016-%D0%BF#Text>> дата звернення 12.03.2023.

тичні ризики. У цьому контексті постає питання обґрунтованості підстав затримання¹.

Відповідно до ч. 3 ст. 15–1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» підставою для превентивного затримання є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою терористичної діяльності. При цьому, у вчиненні яких саме злочинів має підозрюватися така особа у зазначеному законі не вказано. У ст. 615–1 КПК України, якою розширено повноваження прокурора у правових режимах воєнного, надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції вказується про можливість вирішення ним питання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на строк до 30 діб до осіб, які підозрюються у вчиненні злочинів, передбачених ст.ст. 109–114⁻¹, 258–258⁻⁵, 260–263⁻¹, 294, 348, 349, 377–379, 437–444 КК України. В Інструкції про порядок превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, та особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції (далі – Інструкція про порядок превентивного затримання), затвердженої спільним наказом МВС України, Генеральної прокуратури України та СБУ від 26.08.2014 № 872/88/537 у п. 2.1. зазначено, що підставою для здійснення превентивного затримання є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою терористичної діяльності, *у тому числі вчинення кримінального правопорушення, передбаченого статтями 109–114⁻¹, 258–258⁻⁵, 260–263⁻¹, 294, 348, 349, 377–379, 437–444 КК України (курсив наш – Г.Т.)*. При цьому під терористичною діяльністю у зазначеному нормативному акті розуміється діяльність, яка охоплює: планування, організацію, підготовку

та реалізацію терористичних актів; підбурювання до вчинення терористичних актів, насильства над фізичними особами або організаціями, знищення матеріальних об'єктів у терористичних цілях; організацію незаконних збройних формувань, злочинних угруповань (злочинних організацій), організованих злочинних груп для вчинення терористичних актів, так само як і участь у таких актах; вербування, озброєння, підготовку та використання терористів; пропаганду і поширення ідеології тероризму; фінансування та інше сприяння тероризму. Учені логічно звертають увагу на той факт, що у Конвенції Ради Європи «Про запобігання тероризму», що була ратифікована Україною 31 липня 2006 р., вживається термін «терористичні злочини», які включають публічне підбурювання до вчинення терористичного злочину (ст. 5), залучення до тероризму (ст. 6), навчання тероризму (ст. 7), а також надається перелік супутніх злочинів, до яких віднесено: а) участь як співучасник в учиненні одного із злочинів, викладених у статтях 5–7 цієї Конвенції; б) організацію інших осіб або надання їм інструкцій для вчинення одного із злочинів, викладених у ст. 5–7 цієї Конвенції; в) сприяння вчиненню одного чи більш ніж одного зі злочинів, викладених у статтях 5–7 цієї Конвенції, групою осіб, які діють зі спільною метою (ст. 9 Конвенції)². В.В. Мокляк справедливо зауважує, що «вказаними видами протиправної поведінки терористична діяльність не обмежується» і виходячи з її ознак (спеціальної мети, об'єктивної сторони злочинів), до числа злочинів, що підпадають під ознаки терористичної діяльності можуть бути віднесені 1) злочини, що мають характер терористичних актів (ст. ст. 112, 443, 444, ч. 2 ст. 147, 261, 349, 113, 266, 277, 194–1, ч. 3 ст. 360, ч. 2 ст. 279, ч. 3 ст. 278, 292, ч. 3 ст. 270–1 КК України); 2) злочини, спрямовані

¹ М А Погорєцький, Затримання підозрюваного: проблеми обґрунтування рішення (2007) 6 (20) *Юрид. радник* 92–97.

² В І Бердюк, М А Погорєцький, Міжнародне співробітництво у сфері протидії тероризму (2009) 21 *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 23–32; В В Мокляк, Протидія терористичній діяльності в Україні (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2020) 70–71.

на підготування терористичних актів (ст. ст. 260, 263–1, ч. 2 ст. 265–1, 447, 332–1, 359 КК України); 3) злочини, спрямовані на забезпечення терористичної діяльності (ст. ст. 259, 300, 359 КК України)¹. Зрозуміло, що не усі із зазначених норм становлять терористичну загрозу, проте окремі склади злочинів, обґрунтована підозра у вчиненні яких все-таки могла стати підставою для застосування превентивного затримання, законодавцем проігнорована. Зокрема, до таких, на нашу думку, слід віднести злочини, передбачені ч. 3 ст. 146, 146–1, 147, 255, ч. 2 ст. 256, 257 КК України. Особливої актуальності питання розширення переліку злочинів, на яких поширюється дія ст. 615–1 КПК України та норми щодо превентивного затримання набуває актуальності у контексті досліджуваного у попередньому розділі питання про конкуренцію норм при кваліфікації діянь представників так званих «ДНР» та «ЛНР» та їх структурних утворень.

Звернемо увагу на те, що підставою застосування превентивного затримання є обґрунтована підозра у вчиненні особою терористичної діяльності. Стандарти обґрунтованої підозри визначені у низці рішень ЄСПЛ. У рішенні ЄСПЛ «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства» від 30.10.1990 зазначено, що «обґрунтована підозра» обумовлюється існуванням фактів або інформації, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення². Крім того, відповідно до рішень ЄСПЛ існування «обґрунтованої підозри» у значенні п. 1 (с) ст. 5 КЗПЛ вимагає, щоб факти, на які посилаються, можна було вважати такими, що підпадають під один із розділів, що описують

злочинну поведінку у Кримінальному кодексі. Таким чином, явно не могло бути «обґрунтованої підозри», якби діяння чи факти, які висунуто проти затриманої особи, не були злочином на момент їх вчинення³. Також «обґрунтованість» означає ступінь, який підозра повинна подолати, щоб задовольнити об'єктивного спостерігача щодо ймовірності звинувачень. Як правило, проблеми в цій галузі виникають на рівні фактів. Тоді питання полягає в тому, чи арешт та затримання ґрунтувалися на достатньо об'єктивних елементах, щоб повідомити про «обґрунтовану підозру» засновану на фактах справи справді відбулися⁴.

У ст. ст. 14, 15 ЗУ «Про боротьбу з тероризмом» не вказують безпосередньо на підставу превентивного затримання як обґрунтовану підозру у вчиненні особою злочинів, законодавець послуговується формулюваннями «причетність особи до тероризму», «наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою «терористичної діяльності», хоча як видно із наведеної практики ЄСПЛ, тільки обґрунтована підозра вчиненні конкретного злочину може бути підставою затримання у контексті п. 1 (с) ст. 5 КЗПЛ.

Наступне питання, яке виникає при аналізі нормативних вимог до превентивного затримання – це строки такого затримання, які можуть складати з понад 72 годин до 30 діб без рішення слідчого судді, суду. Відповідно до ч. 2 КУ «У разі нагальної необхідності запобігти злочині чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом

¹ В В Мокляк, Протидія терористичній діяльності в Україні (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2020) 71–74.

² Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства: рішення Європейського суду з прав людини від 1 квіт. 1989 р. <<http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf.pdf>> дата звернення 12.03.2023.

³ Case of Kavala v. Turkey (application no. 28749/18) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-199515%22%5D%7D>> дата звернення 12.03.2023.

⁴ Case of Wloch v. Poland (application no. № 27785/95) <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/2042-14-wloch-v-polska-decyzja-europejskiego-trybunalu-521769777>> дата звернення 12.03.2023.

сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою»¹. Відповідно до п. 3 ст. 5 КЗПП «Кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «с» пункту 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження»². У ЗУ «Про боротьбу з тероризмом» такого стандарту не визначено, більш того, у ч. 4 ст. 15–1 зазначено, що особою, уповноваженою на прийняття рішення про превентивне затримання є начальник Головного управління (управління) СБУ або начальник територіального органу НП за згодою прокурора та без ухвали слідчого судді, суду, у п. 2.4 Інструкції про порядок превентивного затримання при цьому зазначається, що такими повноваженнями наділені прокурори обласного рівня, їх заступники, що відповідає ст. 615–1 КПК України. У джерелах справедливо зазначається, що відсутня практична потреба у подібному режимі обмеження прав людини, навіть якщо суди у зоні АТО не функціонують належним чином, то у правоохоронців завжди є можливість за 72 години вивести затриману особу до суду, що знаходиться у сусідніх областях, районах та тим самим забезпечити дотримання гарантій, встановлених для неї КУ та КПК України³. Крім того, у самому ЗУ «Про боротьбу з тероризмом» визначено, що копія рішення про превентивне затримання особи, причетної до терористичної діяльності, на строк понад 72 години негайно направляється до слідчого судді, суду відповідної юрисдикції разом із клопотанням про обрання належного запобіжного заходу стосовно відповідної

особи. Відтак стає не зрозумілим необхідність превентивного затримання строком до 30 діб.

Не містить ЗУ «Про боротьбу з тероризмом» вимог і щодо складання протоколу про превентивне затримання, натомість п. 2.2 Інструкції про порядок превентивного затримання передбачає складання уповноваженою службовою особою протоколу у порядку ст. 208 КПК України, залучення понятих відповідно до КПК України для проведення обшуку. Не зрозуміло, яким чином можна забезпечити участь не менш як двох не зацікавлених осіб для проведення при затриманні особистого обшуку, якщо превентивне затримання проводиться, наприклад, в обстановці, що створює небезпеку для учасників, з урахуванням того, що такі ситуації цілком ймовірні з урахуванням обстановки на території проведення АТО. Крім того, не зрозумілим є і статус вилученого під час превентивного затримання у ході особистого обшуку майна. Тимчасово вилучити майно відповідно до ч. 1 ст. 168 КПК України має право кожен, хто законно затримав особу у порядку, передбаченому ст.ст. 207 (законне затримання), 208 (затримання уповноваженою службовою особою), 298–2 (затримання уповноваженою службовою особою особи, яка вчинила кримінальний проступок) КПК України. Відповідно до ч. 5 ст. 171 КПК України клопотання про арешт тимчасово вилученого майна повинно бути подано слідчим, прокурором *не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна* (курсив наш – Г.Т.), інакше майно має бути повернуто особі, у якої його було вилучено. Таким чином, попри визначені в Інструкції про порядок превентивного затримання вимоги щодо наявності не менш двох понятих для проведення особистого обшуку, навіть

¹ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР (1996) 30 *Відомості Верховної Ради України* 141.

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: від 04.11.1950 <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004> дата звернення 12.03.2023.

³ Б Малишев, О Банчук, Про «диктаторські» закони демократичної держави. Сайт Центру політико-правових реформ. 17.09.2014 <<http://pravo.org.ua/2011-07-05-15-26-55/2011-07-22-11-18-16/1749-prodyktatorski-zakony-demokratychnoi-derzhavy.html>> дата звернення 12.03.2023.

у разі виявлення речей та документів, які можуть мати значення для кримінального провадження, з урахуванням чинної регламентації порядку превентивного затримання, набути статусу тимчасово вилученого майна вони не можуть, що унеможлиблює і подальший арешт такого майна.

О.В. Капліна справедливо зауважує, що відповідно до чинного законодавства не тільки запобігання злочинності та боротьба з нею, але й боротьба з тероризмом, зокрема в зоні АТО, повинна ґрунтуватися на принципах законності та неухильного додержання прав і свобод людини і громадянина, пріоритетності захисту життя і прав осіб, які наражаються на небезпеку внаслідок терористичної діяльності¹. Подібної думки дотримується й О.В. Лазукова, яка зазначає, що «... навіть той безсумнівний факт, що превентивне затримання особи, причетної до терористичної діяльності, здійснене із законною метою захисту всього суспільства від тероризму, сам по собі не є беззаперечною підставою для твердження про те, що дотримані вимоги пункту 3 ст. 5 Конвенції з приводу рамок суворих обмежень стосовно часу та що процесуальних засобів, передбачених КПК, у таких випадках не достатньо»². Крім того, виходячи із аналізу практики ЄСПЛ щодо застосування превентивного затримання у випадках проваджень щодо терористичної діяльності вчена справедливо зауважує, що «...суд виходить з фактологічних обставин справи, проте на національному рівні повинні бути встановлені особливі

гарантії, які доповнювали б тимчасову відсутність судового контролю і, зокрема, забезпечували: 1) право на захист; 2) право на повідомлення родичам або друзям про своє затримання; 3) право на доступ до лікаря тощо»³.

Втім, слід відзначити і певні позитивні аспекти превентивного затримання. Зокрема, правозахисники відзначають, що після прийняття ст. 615–1 КПК України певним чином полегшало роботу правоохоронців. Наприклад, у серпні 2014 року через кілька діб прокурором Донецької області в районі проведення АТО здійснено затримання російських військовослужбовців Олександрова та Єрофєєва⁴.

На наш погляд, необхідним є визначення превентивного затримання в районі проведення АТО як виключного запобіжного заходу, що унеможлиблює уніфікацію підстав та умов застосування затримання за підозрою у терористичній діяльності у звичайних умовах та надзвичайних. Сам термін «превентивне затримання» не відповідає сутності цього заходу, адже превенція означає попередження. У нашому ж випадку, має існувати обґрунтована підозра у вчиненні особою терористичної діяльності. Юристи логічно звертають увагу, що превентивне затримання (preventive detention) розглядається у зарубіжних джерелах здебільшого, як призначений судом процесуальний запобіжний захід (альтернативу залогу), який застосовується на час кримінального провадження⁵. У зарубіжних нормативних та наукових джерелах послуговуються також

¹ О Капліна, Проблеми застосування норм кримінального процесуального законодавства в умовах проведення АТО. *Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення*: матеріали пост. діючого наук. – практ. семінару (17 жовт. 2014 р.) (Харків, 2014) 49.

² О Лазукова, Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків, 2018) 99.

³ О Лазукова, Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків, 2018) 100.

⁴ І Рогатюк, Рішення прокурора під час закінчення досудового слідства у звичайних та особливих умовах. *Особливості процесуального доказування у кримінальних провадженнях про злочини, вчинені на тимчасово окупованих територіях*: матеріали круглого столу (26 липня 2016 року) (Київ, 2016) 96.

⁵ І Усенко, Є Ромінський, Превентивне затримання v 2.0. Недомислення чи рецидив репресивної ментальності? *Закон і Бізнес*. 06.05.2014. <https://zib.com.ua/ua/83968preventivne_zatrimannya_v20_nedomislennya_

терміном «безстрокове затримання» (indefinite detention), що означає позбавлення волі заарештованого урядом або правоохоронними органами без суду¹. Зазначений термін, на нашу думку, також не є релевантним для відображення суті досліджуваного заходу. Найбільш точним, на наше переконання, було б використання терміну «виняткове затримання в районі проведення АТО», що вказує на особливість такого заходу, порівняно із іншими видами затримання, у зв'язку із проведенням АТО.

Висновки. Пропонуємо наступне визначення, виняткове затримання в районі проведення АТО / ООС – це особливий вид затримання особи за обґрунтованою підозрою у вчиненні терористичної діяльності у районі проведення АТО / ООС, який може бути застосований на строк понад 72 години, виключно у випадках, пов'язаних із відсутністю реальної можливості внаслідок обстановки в районі проведення АТО / ООС та / або інших обставин кримінального провадження вирішити питання щодо обрання запобіжного заходу до затриманої особи впродовж 72 годин, з метою забезпечення дієвості кримінального провадження, а також запобігання спробам особи вчинити одну із дій, передбачених ч. 1 ст. 177 КПК України.

На нашу думку, абсолютна відмова від превентивного затримання попри усі складнощі та ризики застосування цього заходу на практиці все-таки не відповідає тим надзвичайним потребам, які виникають, у зв'язку зі складнощами в районі проведення АТО / ООС. До таких слід віднести: 1) неможливість функціонування судів та забезпечення діяльності слідчих суддів, у зв'язку із бойовими діями, окупацією окремих територій, небезпекою для їх незалежної діяльності, ризиком впливу на суддів, у зв'язку із виконанням професійних обов'язків; 2) небезпекою терористичної діяльності задля відвернення якої все-таки можуть засто-

совуватися заходи виключного характеру; 3) необхідністю вжиття заходів щодо забезпечення безпеки потерпілих та свідків і ускладненням їх застосування в умовах АТО (засекречування відомостей про таких осіб, створення спеціального механізму забезпечення безпеки тощо); 4) складності у конвоюванні затриманих осіб до слідчого судді; 5) збирання доказів і передання до суду матеріалів та клопотання про застосування запобіжних заходів; 6) використання інформації, отриманої під час контррозвідувальної діяльності, оперативно-розшукових заходів, НС(Р)Д як доказів у таких кримінальних провадженнях та забезпечення режиму секретності; 7) забезпечення участі сторін при розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу та ін.

Водночас, існуючі прогалини та невідповідності у законодавстві щодо превентивного затримання створюють суттєві ризики порушення прав людини, а також знижують ефективність забезпечення прав осіб щодо яких воно може бути застосовано, створюють передумови для визнання доказів недопустимими. У першу чергу, нормативно мають бути чітко визначені: поняття, підстави та умови превентивного затримання, його порядок (який повинен бути визначений не на рівні інструкції, а відповідно до ЗУ «Про боротьбу з тероризмом»). Необхідним є внесення до параграфу 2 глави 18 КПК України статті «Виняткове затримання в районі проведення АТО / ООС» із визначенням поняття, підстав та умов превентивного затримання, його порядку, отримання дозволу на проведення превентивного затримання, визначення кола обставин, які враховуються при прийнятті рішення про застосування цього заходу; визначення прав та гарантій їх реалізації затриманою особою; порядок здійснення судового контролю, визначення статусу майна, вилученого під час особистого обшуку та строків його арешту.

chi_recidiv_repres.html> дата звернення 12.03.2023.

¹ Alfred de Zayas. Human rights and indefinite detention (2005)87 (857) *International Review of the Red Cross* 15–38.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. General Comment No. 29, “Derogation during a state of emergency”, in “International human rights instruments: Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies” [General Comment No. 29, “Derogation during a state of emergency”, in “International human rights instruments: Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies”] UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), 184 ff.
2. Konstitutsiya Ukrainy: Zakon Ukrainy [Constitution of Ukraine: Law of Ukraine] vid 28.06.1996 r. № 254k/96-VR (1996) 30 *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy* 141 [in Ukrainian].
3. Konventsiya pro zakhyst prav lyudyny i osnovopolozhnykh svobod [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms]: vid 04.11.1950 r. <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
4. Polozhennya pro Yedynu derzhavnu systemu zapobihannya, reahuvannya i prypynennya terorystychnykh aktiv ta minimizatsiyi yikh naslidkiv: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Regulations on the Unified State System for Prevention, Response and Cessation of Terrorist Acts and Minimization of Their Consequences: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 18.02.2016 roku № 82. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/92-2016-%D0%BF#Text>> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
5. Postanova vid 18 zhovtnya 2016 r. u spravi № 800/232/16. Vyschyy administratyvnyy sud Ukrainy [Resolution of October 18, 2016 in the case № 800/232/16. Supreme Administrative Court of Ukraine]. <https://court.gov.ua/log_documents/1127736/9991/> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
6. Pro Kontseptsiyu borot'by z teroryzmom v Ukraini: Ukaz Prezydenta Ukrainy [On the Concept of Combating Terrorism in Ukraine: Decree of the President of Ukraine] vid 05.03.2019 r. № 53/2019. <https://ips.ligazakon.net/document/u053_19?an=122> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
7. Pro vnesennya zmin do Kryminal'noho protsesual'nogo kodeksu Ukrainy shchodo osoblyvoho rezhymu dosudovoho rozsliduvannya v umovakh voyennoho, nadzvychaynoho stanu abo u rayoni provedennya antyterorystychnoyi operatsiyi): Zakon Ukrainy [About modification of the Criminal procedural code of Ukraine concerning the special mode of pre-judicial investigation in the conditions of a martial law, a state of emergency or in the area of carrying out anti-terrorist operation »: the Law of Ukraine] vid 12.08. 2014 r. № 1631-VII. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1631-18#Text>> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
8. Pro vnesennya zmin do Zakonu Ukrainy «Pro borot'bu z teroryzmom» shchodo preventyvnoho zatrymannya u rayoni provedennya antyterorystychnoyi operatsiyi osib, prychetnykh do terorystychnoyi diyal'nosti, na strok ponad 72 hodyny» [On Amendments to the Law of Ukraine “On Combating Terrorism” Concerning Preventive Detention in the Area of an Anti-Terrorist Operation of Persons Involved in Terrorist Activities for a Period of More Than 72 Hours” the Law of Ukraine] Zakon Ukrainy vid 12.08.2014 r. № 1630 – VII. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1630-18#Text>> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
9. Pro Zayavu Verkhovnoyi Rady Ukrainy «Pro vidstup Ukrainy vid okremykh zobov'yazan', vyznachenykh Mizhnarodnym paktom pro hromadyans'ki i politychni prava ta Konventsiyeyu pro zakhyst prav lyudyny i osnovopolozhnykh svobod» [On the Statement of the Verkhovna Rada of Ukraine “On Ukraine’s Derogation from Certain Obligations Defined by the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”: Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine]: postanova Verkhovnoyi Rady Ukrainy vid 21 travnya 2015 r. № 462- VIII (2015) 29 *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy* 267 [in Ukrainian].
10. Instruksiya pro porядok preventyvnoho zatrymannya u rayoni provedennya antyterorystychnoyi operatsiyi osib, prychetnykh do terorystychnoyi diyal'nosti, ta osoblyvoho rezhymu dosudovoho rozsliduvannya v umovakh voyennoho, nadzvychaynoho stanu abo u rayoni provedennya antyterorystychnoyi operatsiyi [Instruction on the procedure of preventive detention of preventive detention in the area of anti-terrorist operation of persons involved in terrorist activities, and special regime of pre-trial investigation in martial law, state of emergency or in the area of anti-terrorist operation: approved. by a joint order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, the Prosecutor General’s Office of Ukraine and the Security Service of Ukraine]: zatv. spil'nym nakazom MVS Ukrainy, Heneral'noyi prokuratury Ukrainy ta SBU vid 26.08.2014 № 872/88/537. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1038-14#Text>> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].

Teteriatnyk H. K.,
Candidate of legal science,
Associate professor,
Head of the department of criminal process
Odesa State University of Internal Affairs
ORCID ID: 0000-0002-8321-7912

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/96-107>

PREVENTIVE DETENTION: LEGAL REGULATION ISSUES

Abstract. *It is proved that preventive detention is one of the specific measures to ensure criminal proceedings, which was introduced in connection with the beginning of the anti-terrorist operation in Ukraine. It is stated that the existing gaps and inconsistencies in the legislation on preventive detention create significant risks of human rights violations, as well as reduce the effectiveness of ensuring the rights of persons to whom it can be applied, create preconditions for declaring evidence inadmissible.*

The purpose of the article is to obtain scientific results in the form of theoretical provisions for preventive detention and the formulation of proposals to improve existing legislation.

The article analyzes the norms of the legislation governing the issue of preventive detention, draws attention to the inconsistencies of the norms of various legal acts, the existing gaps in the regulation of the grounds, terms and procedure of preventive detention.

It is proved that the normative should be clearly defined: the concepts, grounds and conditions of preventive detention, its procedure. Based on the study, the author proposed amendments to the current CPC in order to improve the regulations of the institution of preventive detention. It is stated that the term “preventive detention” is not relevant to the meaning of the precautionary measure, which is understood by it. The author’s definition of “exceptional detention in the area of anti-terrorist operation / environmental protection” is offered. It is proposed to include in paragraph 2 of Chapter 18 of the CPC of Ukraine the article “Exceptional detention in the area of anti-terrorist operation / environmental protection” defining the concept, grounds and conditions of preventive detention, the procedure for obtaining permission for preventive detention, west; determination of the rights and guarantees of their realization by the detained person; the procedure for judicial control, determination of the status of property seized during a personal search and terms for its arrest.

Key words: *preventive detention, precautionary measure, anti-terrorist operation, human rights and freedoms, criminal proceedings.*

II. ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Дудоров О. О.,

*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінально-правової політики
та кримінального права навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
ORCID ID: 0000-0003-4860-0681*

Письменський Є. О.

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри поліцейської діяльності
Луганського навчально-наукового інституту імені Е. О. Дідоренка
Донецького державного університету внутрішніх справ
ORCID ID: 0000-0001-7761-7103*

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/108-119>

УДК 343.35.08 (477)

ВИКЛАДАЧ ЯК СУБ'ЄКТ КОРУПЦІЙНИХ ЗЛОЧИНІВ

Анотація. Статтю присвячено з'ясуванню того, чи визнається викладач під час проведення контрольних заходів щодо здобувачів освіти службовою особою і, відповідно, суб'єктом корупційного злочину, передбаченого ст. 368 КК України, а також яка кримінально-правова оцінка має даватись корупційній поведінці викладача, що полягає в одержанні неправомірної вигоди, у разі отримання негативної відповіді на поставлене питання. Досягнення відповідного результату дослідження становить **мету цієї статті**.

Обґрунтовується позиція, відповідно до якої така поведінка викладача має кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 354 КК України «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації».

З'ясовано зміст організаційно-розпорядчих функцій як ознаки кримінально-правового поняття службової особи. Доведено, що при визнанні тієї чи іншої особи службовою не повинен братись до уваги такий критерій, як повноваження вчиняти по службі юридично значимі дії, що породжують виникнення, зміну або припинення правовідносин. Це положення додатково конкретизовано для потреб освітньої сфери.

Констатовано дискусійність підходу, за яким особами, котрі здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, слід визнавати й осіб, які надають освітні послуги. Показано, що у проєкті нового Кримінального кодексу України невизначеність із питання про кримінально-правовий статус викладача загалом зберігається, а тому документ у цій частині потребує доопрацювання.

Ключові слова: Кримінальний кодекс України, корупційний злочин, неправомірна вигода, службова особа, організаційно-розпорядчі функції, викладач, підкуп працівника підприємства, установи, організації, професійна діяльність з надання публічних послуг.

Постановка проблеми. Протягом останніх 20 років тематика протидії корупції в Україні перебуває (значною мірою під впливом євроінтеграційних процесів і політичних чинників) у сфері посиленої уваги з боку законодавця, юридичної науки, ЗМІ, суспільства загалом. Російсько-українська війна, хоч і внесла корективи в перелік нагальних проблем нашого суспільства та їх значущість, гостроту антикорупційної проблематики не знівелювала. Так, влітку минулого року НАЗК опублікувало звіт результатів 3-го національного опитування населення та представників бізнесу для комплексної оцінки корупційної ситуації в Україні. За даними опитування населення, корупція посіла 3-тє місце серед основних проблем (після високої вартості життя та воєнних дій), перелік яких пропонувався респондентам. За даними ж опитування бізнесу, корупція посіла 2-є місце – понад 70% опитаних підприємців вважають корупцію дуже серйозною проблемою¹.

На сьогодні вітчизняне законодавство про відповідальність за корупційні і пов'язані з корупцією делікти є настільки ускладненим, що викликає труднощі в його сприйнятті і коментуванні навіть з боку «вузьких» фахівців або тих суб'єктів, які себе такими вважають. Причому помиляються і практики, і теоретики – інакше і бути не може, і такий сумний стан речей визнається навіть на законодавчому рівні. Зокрема, в Антикорупційній стратегії на 2021–2025 роки як одну з проблем, вирішенню якої має сприяти реалізація ухваленого документа, названо суперечність окремих положень кримінального законодавства України про відповідальність за корупційні делікти міжнародним стандартам у цій сфері, а так само неузгодженість зазначених положень між собою та з положеннями кримінального процесуального законо-

давства і Закону України «Про запобігання корупції». Очікується, що слідча та судова практика притягнення до кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні корупційних та пов'язаних з корупцією кримінальних правопорушень, стане передбачуваною і сталою². Фахівцям добре відомі конкретні кримінально-правові проблеми, пов'язані з тлумаченням і застосуванням статей КК про відповідальність за ці кримінальні правопорушення, які (проблеми) для забезпечення однаковості судової практики, а отже, верховенства права потребують докладання зусиль з боку Верховного Суду.

Приводом для підготовки статті, пропонуваної увазі читача, стало звернення судді Верховного Суду Н. Марчук, що надійшло до авторів цих рядків як членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді відповідно до ст. 434–2 КПК України і ст. 47 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (далі – звернення). Суть поставлених у ньому питань полягає у з'ясуванні того: 1) чи є викладач, який є членом екзаменаційної комісії, службовою особою як суб'єктом корупційних злочинів? 2) чи наділяється викладач, який є членом екзаменаційної комісії, організаційно-розпорядчими функціями? Зазначені взаємопов'язані питання поставлені у зв'язку з необхідністю вирішити питання про належну кримінально-правову оцінку дій члена екзаменаційної комісії в Правничому коледжі Львівського національного університету імені Івана Франка С. Він обвинувачується у тому, що, будучи службовою особою – членом екзаменаційної комісії і використовуючи надані на період екзаменаційної сесії організаційно-розпорядчі функції у вигляді прийняття рішень про виставлення студентам екзаменаційних оцінок із подальшим присвоєнням освітньо-кваліфікаційного рів-

¹ Корупція в Україні 2021: розуміння, сприйняття, поширеність: звіт за результатами опитування населення та бізнесу (НАЗК, 2022) <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2022/07/1009488299966710444nacp_report_info_sapiens_2021_ukr_final_.pdf> дата звернення 15.05.2023.

² Про Засади державної антикорупційної політики на 2021–2025 роки: Закон України від 20.06.2020 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2322–20#Text>> дата звернення 15.05.2023.

ня молодшого спеціаліста, одержав від однієї зі студенток, яка не склала комплексний державний екзамен, неправомірну вигоду у вигляді 450 доларів США «за вирішення питання про позитивну задачу повторного екзамену». Вироком Галицького районного суду м. Львова від 29 серпня 2019 р., залишеним без змін ухвалою Львівського апеляційного суду від 20 липня 2022 р., С. визнано невинуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 Кримінального кодексу України (далі – КК), і виправдано у зв'язку з недоведеністю наявності в його діях складу цього кримінального правопорушення. На згадані судові рішення подано касаційну скаргу прокурора, в якій ставиться питання про їх скасування і призначення нового розгляду в суді першої інстанції у зв'язку, зокрема, з неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Розглядувана «задавлена» проблема суперечливо вирішується як в юридичній літературі, так і в судовій практиці. Як влучно зауважує В. Навроцький, дискусії з приводу того, чи наділені повноваженнями службової особи працівники, які виконують певні професійні обов'язки (викладач, лікар) або готують матеріали для прийняття рішень відповідними керівниками, ведуться десятиріччями¹. Попри цю обставину, вважаємо, що на сьогодні можна сформулювати правову позицію, яка узгоджується з положеннями КК, відповідає здобуткам сучасної науки кримінального права і враховує тенденції розвитку судової практики, включаючи ту, що формується на рівні Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС ВС)². Суть цієї позиції полягає в тому, що кримінально-правова оцінка одержанню неправомірної вигоди

викладачем (так само, як й іншими подібними професіоналами) має даватися на підставі ст. 354 КК «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації», а отже, прогальність кримінального закону у цьому разі відсутня.

У зв'язку з ініціативою Д. Михайленка позбутись згаданої статті КК як прояву надмірної криміналізації на тій підставі, що мовляв «неуправлінської корупції бути не може», постає логічне питання, чи не призведе такий крок до прогалини у кримінально-правовому регулюванні протидії корупції й особливо з урахуванням того, що сфера застосування ст. 368–3 КК, оновленої у пропонуваному згаданим дослідником ключі, обмежуватиметься економічною діяльністю³. При визначенні «долі» ст. 354 КК та її правонаступника не можуть не враховуватись і міжнародно-правові настанови у частині криміналізації корупційної поведінки працівника, який не має статусу управлінця, а саме: а) статті 7, 8 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією (встановлення кримінальної відповідальності за одержання хабара в приватному секторі не лише для особи, яка обіймає керівну посаду на приватному підприємстві, а і для особи, яка працює на такому підприємстві в будь-якій якості, а також за давання хабара такої особі); б) ст. 21 Конвенції ООН проти корупції (визнання злочином вимагання або прийняття неправомірної вигоди як особою, яка керує роботою організації приватного сектору, так і тим, хто працює в такій організації на будь-якій посаді, а також обіцянки, пропозиції і надання неправомірної вигоди такої особі).

Водночас слід звернути увагу на ту обставину, що ст. 354 КК криміналізує активний і пасивний підкупи працівника будь-якого підприємства,

¹ О О Дудоров, О О Житний, К П Задова та ін., Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М І Хавронюка (Київ, Москаленко О М, 2019) 75.

² Вирок Северодонецького міського суду Луганської області від 26.11.2021 у справі № 428/3835/19 <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/102100808>> дата звернення 15.05.2023; Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 18.10.2022 у справі № 444/930/16 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/106869176>> дата звернення 15.05.2023.

³ О Дудоров, Кримінально-правові проблеми сучасної України (вибрані праці). (Київ, Ваїте, 2022) 489–490.

установи чи організації незалежно від того, йдеться про державне, комунальне чи приватне підприємство. Оскільки у статтях 7.9.4, 7.9.5 проєкту нового Кримінального кодексу України (далі – проєкт)¹ адресатом і суб'єктом пасивного підкупу названо функціонера чи працівника приватної сфери, а в статтях 9.5.5, 9.5.6 – публічну службову особу, це означає, що активний і пасивний підкупи «рядових» працівників державних та комунальних підприємств, установ чи організацій у випадку ухвалення проєкту як закону виявиться декриміналізованим. Мотиви такого рішення у Висновку національних експертів на проєкт названо неочевидними².

Метою статті є з'ясування того, чи визнається викладач під час проведення контрольних заходів щодо здобувачів освіти (зокрема, при складанні ними заліків та екзаменів) службовою особою і, відповідно, суб'єктом корупційного злочину, передбаченого ст. 368 КК, а також яка кримінально-правова оцінка має даватися корупційній поведінці викладача, що полягає в одержанні неправомірної вигоди, у разі отримання негативної відповіді на поставлене питання.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Суть продемонстрованої вище правової позиції полягає в тому, що викладачі, як й інші подібні професіонали, не належать до категорії службових осіб, а тому кваліфікація їхньої корупційної поведінки за ст. 368 КК «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою» виключається (навіть з огляду на те, що відповідні результати професійної діяльності цих осіб фіксуються в офіційних документах

і набувають обов'язкового значення для інших учасників правовідносин). Відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання чи прохання неправомірної вигоди, відповідальність за вчинення яких працівником підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою, або особою, яка працює на користь підприємства, установи чи організації, встановлює ч. 3 (ч. 4) ст. 354 КК, і загалом склад злочину, караного за цією кримінально-правовою нормою, треба відмежовувати від складів злочинів, передбачених статтями 368, 3683, 3684 КК, за такою ознакою, як суб'єкт.

Нагадаємо, що в судовій практиці і теорії кримінального права свого часу набув поширення підхід, згідно з яким суб'єктом описаного у ст. 368 КК злочину визнавались з-поміж іншого особи, діяльність яких характеризується різноманітністю і включає в себе виконання не лише професійних обов'язків, а й обов'язків організаційно-розпорядчого характеру (зокрема, викладач у разі порушення ним обов'язків, покладених на нього як на члена екзаменаційної комісії). Принагідно зауважимо, що окремі сучасні автори вважають, що при кваліфікації одержання викладачем неправомірної вигоди за виставлення позитивної оцінки на екзамені слід виходити з того, що у цій ситуації має місце зловживання, пов'язане із професійною діяльністю з надання публічних послуг³. Про уразливість такої позиції *de lege lata* мовитиметься нижче.

Фактично йшлося про окремий випадок виконання організаційно-розпорядчих обов'язків (функцій), не пов'язаних з управлінням підлеглими працівника-

¹ Проєкт нового Кримінального кодексу України (станом на 19.05.2023 року з врахуванням рекомендацій лінгвістичної експертизи та окремих зауважень національних і зарубіжних експертів) <<https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/19/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-19-05-2023.pdf>> дата звернення 27.05.2023.

² Висновок національних експертів на проєкт Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023 р.) <<https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf>> дата звернення 27.05.2023.

³ В І Тютюгін, Ю В Гродецький, С В Гізімчук, Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: навч.-практ. посіб. /за ред. В Я Тація, В І Тютюгіна (Харків, Право, 2014) 17.

ми. Вважалось, що у цих ситуаціях особи реалізують надані їм по службі повноваження вчиняти юридично значимі дії, здатні породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, видавати за власним підписом або печаткою організації документи, які надають права та звільняють від обов'язків. Наприклад, Є. Стрельцов і В. Шевчук висловились за визнання науково-педагогічного працівника вищого навчального закладу службовою особою – суб'єктом одержання неправомірної вигоди (ст. 368 КК) у тих випадках, коли цей працівник, реалізуючи надане йому право на прийняття заліку, іспиту, курсової роботи, звіту про проходження практики чи проведення інших форм та видів заліково-організаційного контролю, вчиняє діяння, які мають конкретні юридичні наслідки або породжують конкретні юридичні факти (переведення студента на наступний курс, отримання стипендії, переведення з контрактної форми навчання на бюджетну тощо). На думку згаданих дослідників, у таких випадках науково-педагогічний працівник реалізує право розпоряджатись правами інших суб'єктів навчально-педагогічних відносин – осіб, які навчаються у виші, а тому виконує організаційно-розпорядчі функції, набуваючи ознак службової особи¹.

Інакше кажучи, зазначений підхід, який (треба так розуміти) знайшов відбиття у касаційній скарзі прокурора на постановлені щодо обвинуваченого С. виправдувальний вирок Галицького районного суду м. Львова від 29 серпня 2019 р. та ухвалу Львівського апеляційного суду від 20 липня 2022 р., полягає в тому, що під організаційно-розпорядчими розуміються не лише «внутрішньо-службові» повноваження щодо управління підлеглими (колективом, галуззю, установою), як це зафіксовано в абз. 3 п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах

про хабарництво», а й повноваження щодо наділення інших осіб (включаючи юридичних) правами та обов'язками, а так само щодо зміни обсягу цих прав та обов'язків або їх припинення.

Однак, оскільки суть організаційно-розпорядчих функцій як змістової характеристики кримінально-правового поняття службової особи у законодавчому порядку не розкривається, це ставить під сумнів правильність наведеного вище підходу як такого, що ґрунтується на поширювальному тлумаченні положень КК. З урахуванням етимології терміну «організаційно-розпорядчий», імперативу конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», а також виходячи зі змісту чинних редакцій ст. 354 і ст. 358 КК, які дають змогу давати кримінально-правову оцінку зловживанням відповідних професіоналів, викладене поширювальне тлумачення поняття «організаційно-розпорядчі функції» видається неприйнятним.

Зокрема, якщо організаційний – це той, що пов'язаний з організацією чогонебудь, то розпоряджатись означає не лише мати щось у своєму розпорядженні, а й діяти стосовно до кого, чогонебудь на свій розсуд². При цьому в КК (ч. 3 ст. 18, примітка ст. 364) слова «організаційний» і «розпорядчий» використовуються не відокремлено, а в поєднанні.

З метою недопущення поширювального тлумачення ознак кримінально-правового поняття службової особи Законом від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» було, по-перше, розширено коло документів, які виступають предметом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 358 КК, і, по-друге, встановлено відповідальність за одержання незаконної винагороди (на сьогодні неправомірної вигоди) працівником підприємства, установи чи організації, який не є

¹ Є Стрельцов, В Шевчук, Корупція в освіті (2012) 9 Юридичний вісник України.

² В Т Бусел (ред.), Великий тлумачний словник сучасної української мови (з додат. і допов.). (Київ. Ірпінь, ВТФ «Перун», 2005) 853, 1258.

службовою особою (ст. 354 КК). Задля справедливості слід відзначити, що такі законодавчі зміни не призвели до кардинального поліпшення ситуації у відповідному сегменті правозастосування.

Як слушно розмірковує з цього приводу К. Задоя, тенденція розглядати підкуп окремих категорій осіб, що здійснюють професійні функції, як підкуп службових осіб сформувалася в судовій практиці ще в радянський період. Ця тенденція ніколи не мала абсолютного характеру, однак мала чимало типових проявів. До їх числа належить і кваліфікація як підкупу службових осіб підкупу лікарів, вчителів і викладачів при здійсненні ними професійних функцій, хоч останні не можуть бути інтерпретовані як функції представника влади, організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції. Викладення в чинній нині редакції ст. 354 КК повинно було призвести до того, що відповідні прояви активного та пасивного підкупу мали б кваліфікуватися саме за цією статтею. У реальності ж згадані законодавчі зміни не зупинили практику кваліфікації підкупу окремих категорій осіб, які виконують професійні функції, як дій службових осіб, а спровокували ще більшу її неоднозначність. Як наслідок, суди кваліфікують такі прояви підкупу за статтями 354, 368–4 та 368–369 КК. Подолання проблеми відсутності однакового підходу до кваліфікації підкупу окремих категорій осіб, які виконують професійні функції, на переконання вченого, можливе лише у спосіб подальшого прогресивного розвитку судової практики. Гіпотетичні зміни до кримінального законодавства, які б могли забезпечити появу уніфікованого підходу, виглядали б у цьому випадку невинновдані партикулярними¹.

Звернення, у порядку реагування на яке нами як членами НКР при Вер-

ховному Суду підготовлено науковий висновок, а згодом цю статтю, – зайве свідчення відповідної неоднозначності судової практики і нагальної потреби її уніфікації за допомогою зусиль ККС ВС.

Поділяємо думку О. Цивінського, який робить висновок про те, що організаційно-розпорядчі функції – це функції, які поєднують в собі організацію діяльності інших осіб та командування цими особами, видання їм наказів, розпоряджень. Під організаційно-розпорядчими функціями пропонується розуміти виключно функції з керівництва роботою підлеглих працівників, що реалізуються через наявність в особи права видавати підлеглим накази, вказівки, розпорядження, застосовувати до них заходи заохочення і стягнення². У судовій практиці (зокрема, постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 29 жовтня 2019 р. у справі № 283/110/18) організаційно-розпорядчі функції так само зводяться до керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності. Традиційно вважається, що організаційно-розпорядчі обов'язки виконують, зокрема, керівники підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідувачі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконробі, бригадири тощо). Саме момент службової підлеглості є вирішальним для відмежування службових осіб від рядових працівників, на яких згідно з нормативними актами або вказівкою керівництва покладається виконання таких обов'язків, як координація трудових зусиль працівників на певній виробничій ділянці,

¹ К П Задоя, Узагальнення проблем застосування законодавства, що встановлює відповідальність за корупційні злочини / ред. М І Хавронюк (Київ, ЦППР, 2019) <<http://pravo.org.ua/img/books/files/1571912565cplr.%20applying%20of%20anti-corruption%20legislation.pdf>> дата звернення 15.05.2023.

² О І Цивінській, Ознаки службової особи у кримінальному праві України (2021) 2 (12) *Соціально-правові студії* 117–118.

проведення інструктажів, здійснення виробничого навчання (незвільнені бригадири, ланкові, старші груп тощо). Такі обов'язки позбавлені організаційно-розпорядчого характеру, а тому, незважаючи на певну фактичну залежність, рядові працівники, виконуючи їх, не набувають якості службової особи.

Отже, при визнанні тієї чи іншої особи службовою не повинен братись до уваги такий критерій, як повноваження вчиняти по службі юридично значимі дії, що породжують виникнення, зміну або припинення правовідносин. За справедливим висловлюванням П. Андрушка й А. Стрижевської, юридично значимі дії можуть вчинятись будь-якою особою, зокрема при укладанні нею цивільно-правових угод. Такими діями є будь-які дії, що породжують певні правові наслідки. Наведена позиція, будучи поширювальним тлумаченням кримінального закону, є відтворенням позиції вчених, які за часів існування СРСР вважали, що, крім трьох категорій зазначених у кримінальному законі службових осіб, існує ще одна категорія – це особи, які вчиняють дії, що тягнуть за собою правові наслідки¹.

У розвиток викладеного зазначимо, що здобувач вищої освіти не є підлеглим по службі щодо науково-педагогічного працівника, який виставляє екзаменаційну оцінку, а тому визнання організаційно-розпорядчими функцій, здійснюваних у таких правовідносинах, не ґрунтується на примітці ст. 364 КК. Ці функції пов'язані хіба що з розпорядництвом, однак не з організацією. Зокрема, допуск здобувача освіти до сесії, переведення його на наступний курс, відрахування із закладу вищої освіти тощо належить до повноважень не викладача-екзаменатора, а адміністрації такого закладу. Проведення поточної та під-

сумкової атестації здобувачів є лише встановленням відповідності засвоєних ними знань, вмінь та інших компетентностей вимогам стандартів вищої освіти, а тому атестація не є керівництвом здобувачами і не може визнаватися проявом організаційно-розпорядчих функцій. Адже викладач не лише навчає, виховує, передає знання, а й контролює їх засвоєння, і останнє не виходить за межі його професійної діяльності. Викладене стосується як складання атестаційного екзамену (такій ситуації присвячено звернення), так і проведення поточних контрольних заходів, адже несприятливі правові наслідки можливі для здобувача освіти у цих двох ситуаціях, а тому підхід до кримінально-правової оцінки зловживань викладачів має бути однаковим. Якщо ж акцентувати увагу саме на юридичних наслідках професійної викладацької діяльності, то виходить, наприклад, що викладач, який за неправомірну вигоду не фіксує відсутність студентів на семінарських і практичних заняттях, також є службовою особою, адже наслідком такої відсутності може бути недопуск до складання іспиту і відрахування із закладу освіти².

Єдиним винятком у розглядуваному контексті можуть бути випадки, коли поряд зі своїми обов'язками як викладача асистент, доцент чи професор виконує обов'язки зі здійснення керівництва трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників (наприклад, обов'язки декана факультету, його заступника, завідувача кафедри). Проте в такому разі викладач наділяється організаційно-розпорядчими функціями лише у межах та під час виконання обов'язків на перелічених вище (подібних) адміністративних посадах. Погоджуємось із Р. Максимовичем у тому, що викладача і лікаря треба

¹ П П Андрушко, А А Стрижевська, Злочини у сфері службової діяльності: навч. посіб. (Київ, Юрискосульт, 2006) 180–181.

² М І Хавронюк (ред.) Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства. 2-ге вид., переробл. і допов. (Київ, ВД «Дакор», 2017) 230–231; Р Л Максимович, Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія (Львів, Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008) 191–209.

вважати службовою особою за ознакою обіймання посади, пов'язаної із виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків, тільки тоді, коли вони обіймають певні адміністративні посади¹. Виконання ж такою особою виключно посадових обов'язків викладача (зокрема, у вигляді проведення поточної чи підсумкової атестації здобувачів освіти), як вже зазначалось, не повинно визнаватись проявом організаційно-розпорядчих функцій.

Викладене дозволяє стверджувати, що висновок Галицького районного суду м. Львова та Львівського апеляційного суду про відсутність ознак складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, у діях С., який як член екзаменаційної комісії у Правничому коледжі ЛНУ ім. Івана Франка одержав неправомірну вигоду, заслуговує на підтримку. Адже ця особа, будучи науково-педагогічним працівником, не належить до категорії службових, оскільки не виконує організаційно-розпорядчих функцій. Інші ознаки службової особи за наведених у зверненні обставин так само відсутні.

У зверненні немає інформації про те, що обвинувачений С. на момент одержання ним неправомірної вигоди був головою екзаменаційної комісії. Зайняття такої посади уможливило б висновок про керівництво ним ділянкою роботи, а отже, про виконання організаційно-розпорядчих функцій за спеціальним повноваженням (та, як наслідок, визнання службовою особою у кримінально-правовому розмінні цього поняття).

Водночас (повторимо) вчинене викладачем одержання неправомірної вигоди могло б (за наявності підстав) кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 354 КК. При її застосуванні слід з-поміж іншого брати до уваги ту обставину, що ст. 368 КК не охоплює випадки одержання неправомірної вигоди особою, яка визнається службовою, за виконання (не-

виконання) нею таких дій, які, не будучи використанням службового становища, є її професійною діяльністю, позбавленою владного, організаційно-розпорядчого або адміністративно-господарського характеру. Тому зроблене в ч. 3 ст. 354 КК негативне застереження «...який не є службовою особою» потребує уточнення. Адже можливі ситуації, коли службова особа при одержанні неправомірної вигоди виступає як професіонал (наприклад, головний лікар одержує неправомірну вигоду за проведення операції, а завідувач кафедри – за виставлення «потрібної» оцінки на екзамені). Ці і подібні дії таких суб'єктів, не зважаючи на їхню належність до числа службових осіб, за наявності підстав мають кваліфікуватись за ч. 3 (ч. 4) ст. 354 КК.

Альтернативний науковий підхід до визначення кримінально-правового статусу викладачів і подібних професіоналів полягає в тому, щоб особами, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, визнавати, зокрема, осіб, які надають освітні послуги. До професіоналів у сфері надання освітніх послуг пропонується відносити вихователів, вчителів, викладачів (доцентів, професорів, викладачів, асистентів), інспекторів, інспекторів-методистів тощо².

Видається, однак, інкримінування на сьогодні в розглядуваній ситуації відповідної частини ст. 368–4 КК «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» має виключатись через законодавчу невизначеність поняття «публічні послуги», а отже, через потребу обмежувального тлумачення закону у відповідній частині. Зокрема, згідно з п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції» віднесення інших осіб (крім аудиторів, нотаріусів, приватних виконавців, оцінювачів, експертів, арбітражних керуючих, незалежних посередників, членів трудового арбітражу, третейських суддів під час

¹ Р. Л. Максимович, Поняття службової особи у кримінальному праві України (автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2007) 12.

² М. В. Рябенко, Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2016) 161–162.

виконання ними цих функцій) до тих, хто надає публічні послуги, має бути визначено законом¹.

При цьому жодним нормативно-правовим актом освітні і медичні послуги не віднесено до публічних, а тому викладачі і лікарі мають нести відповідальність за ст. 354 КК (інкримінування ст. 368 КК виключається через відсутність реалізації організаційно-розпорядчих функцій). Висловлюється думка, що *de lege ferenda* освітні послуги з контролю знань мають бути визнані публічними послугами з огляду на значимість результатів оцінювання знань викладачем².

В. Навроцький тезу про неприйнятність віднесення до осіб, які надають публічні послуги, тих, хто здійснює лише професійну діяльність (зокрема викладачів), пояснює тим, що ці особи «не виступають у відносинах з громадянами особами, які представляють державу, місцеве самоврядування чи їх органи, їхні дії не тягнуть правових наслідків»³. Поділяючи позицію вченого, водночас відзначимо дискусійність (непереконливість) наведеної ним аргументації, і це слугує зайвим аргументом на користь положення про доцільність вирішення розглядуваної кримінально-правової проблеми в законодавчому порядку.

На жаль, є підстави констатувати, що у проєкті⁴ невизначеність із питання про кримінально-правовий статус викладача зберігається. Такий невтішний висновок випливає як із нерозкриття у глосарії (ст. 1.4.1 проєкту) змісту організаційно-розпорядчих функцій як однієї з ознак поняття публічної службової особи

(тобто це питання і надалі залишиться предметом наукового і судового тлумачення), так і з пропонуваного визначення поняття особи, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг (той, хто відповідно до закону та на підставі ліцензії, включення до реєстру чи укладення публічного договору надає публічні послуги, що створюють правові наслідки для інших осіб) (підпункт «в» п. 50 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту), яке (визначення) вкупі із вміщеним у ньому відкритим переліком осіб не дозволить однозначно визнати (не визнати) особою, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг, викладача при здійсненні ним контрольних заходів на кшталт прийняття іспитів і заліків. Ясність буде внесено хіба що в частині приватної освітньої сфери, адже викладач як штатний працівник юридичної особи приватного права визнаватиметься суб'єктом злочину, передбаченого ст. 7.9.5 проєкту «Одержання функціонером чи працівником приватної сфери неправомірної вигоди у значному розмірі». Щоправда, втілена у цьому проєктованому положенні «зрівнялівка» (за суб'єктивним складом) кримінально-правової репресії не виглядає безспірною, про що йдеться у Висновку національних експертів на проєкт⁵.

Висновки. Проведене дослідження дає змогу констатувати, що кримінально-правова оцінка корупційній поведінці викладача, яка полягає в одержанні неправомірної вигоди, має даватись на підставі ст. 354 КК «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації». При визнанні тієї чи іншої

¹ О О Дудоров, Т О Коломоєць, С М Кушнір, О Л Макаренков, Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія (Запоріжжя, Гельветика, 2019) 259–260.

² К К Овод, Кримінально-правова характеристика підкупу працівника підприємства, установи, організації (ст. 354 КК України) (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2017) 129–132.

³ В О Навроцький. Наскрізни кримінально-правові поняття: навч. посіб. (Київ. Юрінком Інтер, 2023) 349.

⁴ Проєкт нового Кримінального кодексу України (станом на 19.05.2023 року з врахуванням рекомендацій лінгвістичної експертизи та окремих зауважень національних і зарубіжних експертів) <<https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/19/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-19-05-2023.pdf>> дата звернення 27.05.2023.

⁵ Висновок національних експертів на проєкт Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023 р.) <<https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf>> дата звернення 27.05.2023.

особи службовою не повинен братись до уваги такий критерій, як повноваження вчиняти по службі юридично значимі дії, що породжують виникнення, зміну або припинення правовідносин. Підхід, згідно з яким під організаційно-розпорядчими розуміються не лише «внутрішньо-службові» функції щодо управління підлеглими (колективом, галуззю, ділянкою роботи тощо), а й функції щодо наділення інших осіб правами та обов'язками, а так само щодо зміни обсягу цих прав та обов'язків або їх припинення, є підстави охарактеризувати як поширювальне тлумачення кримінального закону.

De lege lata ст. 368–4 КК «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» наряд чи може стати у нагоді для потреб кваліфікації корупційної поведінки викладача. У проєкті невизначеність із питання про кримінально-правовий статус викладача загалом зберігається, а тому документ у цій частині потребує доопрацювання. Питання про доцільність віднесення *de lege ferenda* викладача при здійсненні ним контрольних заходів до категорії осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, має стати предметом окремого наукового дослідження.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Pro Zasady derzhavnoi antykoruptsiinoi polityky na 2021–2025 roky [On the Principles of State Anti-Corruption Policy for 2021–2025] Zakon Ukrainy vid 20.06.2020 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2322–20#Text>> data zvernennia 15.05.2023 [in Ukrainian].
2. Proiekt novoho Kryminalnogo kodeksu Ukrainy [Draft of the new Criminal Code of Ukraine] (stanom na 19.05.2023 roku z vrakhuvanniam rekomendatsii lnhvistychnoi ekspertyzy ta okremykh zauvazhen natsionalnykh i zarubizhnykh ekspertiv) <<https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/19/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-19–05–2023.pdf>> data zvernennia 27.05.2023 [in Ukrainian].

CASES

3. Vyrok Sievierodonetskoho miskoho sudu Luhanskoi oblasti vid 26.11.2021 u spravi № 428/3835/19 [The sentence of the Sievierodonetsk City Court of Luhansk region of November 26, 2021]. <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/102100808>> data zvernennia 15.05.2023 [in Ukrainian].
4. Postanova kolehii suddiv Pershoi sudovoi palaty Kasatsiinoho kryminalnogo sudu Verkhovnoho Sudu vid 18.10.2022 u spravi № 444/930/16 [The decision of the panel of judges of the First Judicial Chamber of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court of 18 October 2022] <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/106869176>> data zvernennia 15.05.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

AUTHORED BOOKS

5. Andrushko P P, Stryzhevska A A, *Zlochyny u sferi sluzhbovoi diialnosti* [Offenses in the area of official activities] (Kyiv, 2006) [in Ukrainian].
6. Dudorov O O, Kolomoiets T O, Kushnir S M, Makarenkov O L, *Zahalnoteoretychni, administratyvno-ta kryminalno-pravovi osnovy kontseptualizatsii antykoruptsiinoi reformy v Ukraini* [General Theoretical, Administrative, and Criminal Law Bases for Conceptualizing Anti-Corruption Reform in Ukraine] (Zaporizhzhia, 2019) [in Ukrainian].
7. Dudorov O, *Kryminalno-pravovi problemy suchasnoi Ukrainy (vybrani pratsi)* [Criminal Law Issues of Modern Ukraine (selected works)] (Kyiv, 2022) [in Ukrainian].
8. *Koruptsiini skhemy: yikh kryminalno-pravova kvalifikatsiia i dosudove rozsliduvannia* [Corruption schemes: the criminal law qualification and pre-trial investigation] / Dudorov O O, Zhytnyi O O, Zadoia K P ta in. (Kyiv 2019) [in Ukrainian].
9. Maksymovych R L, *Poniattia sluzhbovoi osoby u kryminalnomu pravi Ukrainy* [The Concept of an Official in the Criminal Law of Ukraine] (Lviv, 2008) [in Ukrainian].

10. Navrotskyi V O, *Naskrizni kryminalno-pravovi poniattia* [Cross-cutting criminal law concepts] (Kyiv, 2023) [in Ukrainian].

11. Tiutiuhin V I, Hrodetskyi Yu V, Hizymchuk S V, *Zlochyny u sferi sluzhbovoi diialnosti ta profesiinoi diialnosti, pov'iazanoi z nadanniam publichnykh posluh* [Offenses in the area of official activities and professional activities related to the provision of public services] (Kharkiv, 2014) [in Ukrainian].

12. Zadoia K P, *Uzahalnennia problem zastosuvannia zakonodavstva, shcho vstanovliuie vidpovidalnist za koruptsiini zlochyny* [Summarizing the issues of the application of legislation establishing liability for corruption offenses] (Kyiv, 2019). <<http://pravo.org.ua/img/books/files/1571912565cplr.%20applying%20of%20anti-corruption%20legislation.pdf>> data zvernennia 15.05.2023 [in Ukrainian].

EDITED BOOKS

13. Busel V T (za red.), *Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy* [Big explanatory dictionary of the modern Ukrainian language] (Kyiv, Irpin: VTF «Perun», 2009) 563 [in Ukrainian].

14. Khavroniuk M I (za red.), *Nastilna knyha detektyva, prokurora, suddi: komentar antykoruptsiinoho zakonodavstva* [A handbook for detectives, prosecutors, and judges: a commentary on anti-corruption legislation] (Kyiv, 2017) [in Ukrainian].

JOURNAL ARTICLES

15. Streltsov Ye, Shevchuk V, *Koruptsiia v osviti* [Corruption in education] (2012) 9 *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* [in Ukrainian].

16. Tsyvinskii O I, *Oznaky sluzhbovoi osoby u kryminalnomu pravi Ukrainy* [Characteristics of an official in the criminal law of Ukraine] (2021) 2 *Sotsialno-pravovi studii* [in Ukrainian].

DISSERTATIONS

17. Maksymovych R L, *Poniattia sluzhbovoi osoby u kryminalnomu pravi Ukrainy* [The Concept of an Official in the Criminal Law of Ukraine] (avtoref. dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Lviv, 2007) 12 [in Ukrainian].

18. Riabenko M V, *Kryminalno-pravova okhorona profesiinoi diialnosti, pov'iazanoi z nadanniam publichnykh posluh* [Criminal law protection of professional activities related to the provision of public services] (dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Kyiv, 2016) 161–162 [in Ukrainian].

19. Ovod K K, *Kryminalno-pravova kharakterystyka pidkupu pratsivnyka pidpriemstva, ustanovy, orhanizatsii (st. 354 KK Ukrainy)* [Criminal law characteristics of bribery of an employee of an enterprise, institution or organisation (Article 354 of the Criminal Code of Ukraine)]: (dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Kharkiv, 2017) 129–132 [in Ukrainian].

WEBSITES

20. *Koruptsiia v Ukraini 2021: rozuminnia, spryyniattia, poshyrenist* [Corruption in Ukraine in 2021: understanding, perception, and prevalence] *Zvit za rezultatamy opytuvannia naselennia ta biznesu* (Kyiv 2022) [in Ukrainian].

21. *Vysnovok natsionalnykh ekspertiv na proiekt Kryminalnogo kodeksu Ukrainy (kontrolnyi tekst stanom na 30.01.2023 r.)* [Conclusion of national experts on the draft Criminal Code of Ukraine]. <<https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf>> data zvernennia 27.05.2023 [in Ukrainian].

Dudorov O. O.,

Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor of the Department of Criminal Law Policy and Criminal Law of the

Educational and Scientific Institute of Law at Taras Shevchenko

National University of Kyiv, Ukraine,

e-mail: o.o.dudorov@gmail.com

ORCID ID: 0000–0003–4860–0681

Pysmensky Y. O.,

Doctor of Law, Professor, Head of Department of Police Activities at E. O. Didorenko Luhansk Educational &

Scientific Institute of Donetsk State University of Internal Affairs, Ukraine,

e-mail: ye.pysmensky@i.ua

ORCID ID: 0000–0001–7761–7103

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/108-119>

A TEACHER AS A SUBJECT OF CORRUPTION OFFENSES

Abstract. *The article is devoted to the issue of determining whether a teacher is recognized as an official and, accordingly, a subject of a corruption offense under Article 368 of the Criminal Code of Ukraine when conducting control measures with regard to students, and also what criminal law assessment should be given to the corrupt behavior of a teacher that consists in obtaining an unlawful benefit if a negative answer to this question is received. Achieving the relevant research result is **the purpose of this article.***

It is argued that such behavior by a teacher should be qualified under the relevant part of Article 354 of the Criminal Code of Ukraine “Bribery of an employee of an enterprise, institution, or organization”.

It is determined that the meaning of organizational and administrative functions is a feature of the criminal law concept of an official. It is proven that when recognizing a person as an official, such a criterion as the authority to perform legally significant actions in the course of his or her official duties that give rise to the emergence, change, or termination of legal relations should not be taken into consideration. This provision is further specified for the needs of the educational sector.

It is noted that the approach according to which persons engaged in professional activities in the provision of public services should also be recognized as persons providing educational services is controversial. It is shown that the draft of the new Criminal Code of Ukraine still contains uncertainty about the criminal legal status of a teacher, and therefore the document needs to be revised in this aspect.

Keywords: *Criminal Code of Ukraine, corruption offense, unlawful benefit, official, organizational, and administrative functions, teacher, bribing an employee of an enterprise, institution, organization, professional activity in the provision of public services.*

Проданчук М. Г.,
доктор медичних наук, професор,
член-кор. НАМН України,
директор Наукового центру
превентивної токсикології, харчової та
хімічної безпеки імені академіка
Л.І. Медведя МОЗ України

Черняк А. М.
доктор юридичних наук,
ректор Національної академії СБ України

Величко М. В.
кандидат біологічних наук,
старший науковий співробітник,
професор Національної академії СБ України

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/120-131>

УДК 351.74

ДОЦІЛЬНІСТЬ ВНЕСЕННЯ ЗМІН У КК УКРАЇНИ ШЛЯХОМ ЗАМІНИ ВИЗНАЧЕННЯ «ОТРУЙНІ РЕЧОВИНИ» НА «ВИСОКОТОКСИЧНІ РЕЧОВИНИ» ВІДПОВІДНО ДО ЗАКОНОДАВСТВА ЄС

Анотація. В рамках завдань з реалізації рішення Ради національної безпеки і оборони України від 19 березня 2021 року «Про заходи щодо підвищення рівня хімічної безпеки на території України», яке уведено в дію Указом Президента України № 104/2021, щодо недостатньої досконалості нормативно-правового та організаційного забезпечення систем управління хімічною безпекою та поводження з хімічними речовинами в державі, нагальними є питання відповідності із законодавством ЄС. В цьому контексті важливим також є і приведення у відповідність із законодавством ЄС застосування та розуміння термінів, що належать до питань хімічної безпеки. Із таких понять, що вживаються в українському праві, але відсутні у правовому забезпеченні ЄС, є поняття «отруйні речовини».

Метою дослідження є доцільність внесення змін у КК України шляхом заміни поняття «отруйні речовини» на «високотоксичні речовини» в контексті гармонізації із законодавством ЄС.

На основі дослідження автори дійшли висновку про доцільність внесення змін у КК України шляхом заміни визначення «отруйні речовини» на «високотоксичні речовини» у контексті гармонізації із законодавством ЄС.

Тому автори пропонують внесення змін у КК України шляхом заміни за їхніми властивостями, а не як предмет чи знаряддя застосування поняття «отруйні речовини» на «високотоксичні речовини» в контексті приведення у відповідність із законодавством ЄС, та викладення статей 201 і 321 КК України у новій редакції.

Ключові слова: хімічні речовини, високотоксичні речовини, отруйність, токсичність, правове забезпечення, гармонізація, національна безпека, Європейський Союз, директиви, регламенти.

Постановка проблеми. Останнім часом особливо актуальними для України стали проблеми у сфері хімічної безпеки, що свідчить про існування загрози національній безпеці держави, яка зумовлена незадовільним поведженням (імпорт, виробництво, зберігання, транспортування, використання, знищення та утилізація) із хімічними небезпечними речовинами, зокрема хімічними засобами захисту рослин (далі ХЗЗР), що врешті негативно впливає як на стан громадського здоров'я, так і на екологічний, соціальний, економічний стан країни.

Зазначене вказується в Указі Президента України від 19 березня 2021 року № 104/2021, який увів у дію рішення Ради національної безпеки і оборони України «Про заходи щодо підвищення рівня хімічної безпеки на території України» від 19 березня 2021 року (далі Рішення). У Рішенні визнається недостатньо ефективною сучасна діяльність Кабінету Міністрів України (далі КМУ) із забезпечення проведення державної політики управління хімічною безпекою та поведження з хімічними речовинами, впровадження дієвих механізмів у державній регуляції в цій сфері.

Серед інших заходів КМУ запропоновано встановлення гігієнічних нормативів з урахуванням європейських підходів та світових практик тощо.

Щодо питання гармонізації вітчизняного законодавства із законодавством ЄС згідно з Рішенням КМУ, необхідно ратифікувати Конвенцію Міжнародної організації праці № 170 «Про безпеку в застосуванні хімічних речовин на виробництві» та приєднання до Мінаматської конвенції про ртуть.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Деяким аспектам дослідження проблем у сфері хімічної

безпеки для України та шляхів їх вирішення присвятили свої праці вітчизняні науковці. Серед них М.В. Величко, Є.Ю. Ситник, О.С. Ковалюк, І.Д. Головін, які досліджували питання стану системи хімічної безпеки держави в умовах втрати чинності Постанови КМУ від 20 червня 1995 року № 440 «Про затвердження Порядку одержання дозволу на виробництво, зберігання, транспортування, використання, захоронення, знищення та утилізацію отруйних речовин, у тому числі продуктів біотехнології та інших біологічних агентів» з метою розробки пропозицій для вдосконалення нормативно-правової протидії при загрозах національній безпеці України хімічного характеру.

Автори дійшли висновку щодо суттєвого погіршення в країні стану національної безпеки України стосовно можливості протидії в разі виникнення загроз хімічного характеру. Як зазначають учені, поряд із іншими чинниками на цей стан негативно вплинули і заходи з дерегуляції нормативно-правових документів у вказаній сфері.

Для ефективного вирішення проблем та зменшення потенційних хімічних загроз автори запропонували перелік комплексних заходів щодо вдосконалення наявної у державі системи хімічної безпеки¹.

І.М. Максимчук у статті вивчає проблему недосконалого контролю та механізму обігу отруйних речовин в Україні внаслідок скасування деяких регулятивних підзаконних актів під час імплементації українського законодавства до європейського, а також зосереджує увагу на терміні «отруйна речовина» як на такому, що має істотне значення в методиці розслідування кримінальних правопорушень та тактиці проведення окремих слідчих (розшукових) дій, пов'язаних із отруйними речовинами².

¹ М.В. Величко, Є.Ю. Ситник, О.С. Ковалюк, І.Д. Головін, Наслідки дерегуляції у сфері державного контролю за ввезенням, обігом, використанням та утилізацією на території України небезпечних хімічних речовин (2017) 1–2 (77–78) *Науково-практичний (фаховий) журнал «Сучасні проблеми токсикології, харчової та хімічної безпеки»* 143–149.

² І.М. Максимчук, Отруйні речовини як елемент криміналістичної характеристики окремих кримінальних правопорушень (2019) 4 (1) *Науковий вісник публічного права* 316–324.

У своїй статті М. Г. Проданчук, О. Ф. Бантишев, М. В. Величко, О. П. Кравчук, І. М. Салагор, І. М. Максимчук висвітлюють питання про кримінальну відповідальність за суспільно небезпечні дії, предметом яких є отруйні речовини. Авторами зроблено їх стислий юридичний аналіз. Звернуто увагу на необхідність приведення законодавства України у відповідність до вимог законодавства Європейського Союзу. Зазначено, що в Європейському Союзі у законодавчих та підзаконних актах відсутній термін «отруйні речовини», а живається термін «високотоксичні речовини». Пропонується розробити відповідний до вимог законодавства ЄС проект нормативного документа замість Постанови КМУ № 440, яка втратила чинність, що стосується порядку поводження з вказаними речовинами¹.

М. С. Бондаренко у своїй дисертаційній роботі досліджує проблеми кримінальної відповідальності за незаконні дії з отруйними чи сильнодіючими речовинами, що не є наркотичними або психотропними, чи їхніми аналогами, або отруйними чи сильнодіючими лікарськими засобами, передбачені ст. 321 Кримінального кодексу України (далі КК України). Водночас автор звертає увагу на проблеми невизначеності термінології щодо отруйних чи сильнодіючих речовин тощо. Однак у цьому дослідженні питання гармонізації поняття «отруйність» з вимогами міжнародного законодавства не досліджується².

Метою роботи є дослідження доцільності внесення змін у КК України

шляхом заміни поняття «отруйні речовини» на «високотоксичні речовини» в контексті приведення вітчизняного законодавства до вимог законодавства ЄС.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. В Угоді про асоціацію між Україною та ЄС (далі Угода) важливою частиною є положення про створення зони вільної торгівлі, яка передбачає приведення Україною своїх технічних регламентів і процедур у відповідність до європейських. При цьому особливу увагу приділено вимогам гармонізації вітчизняних нормативно-правових актів, що стосуються розміщення на ринку хімічної продукції, в тому числі пестицидів, а також якості та ідентичності їх досліджень з метою оцінки рівня безпеки для здоров'я людини і навколишнього середовища³.

Крім зазначеної Угоди, Законом України від 16 вересня 2014 року № 1678-VII ратифіковано ще одну Угоду «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони»⁴ для поглиблення співробітництва з міжнародними організаціями щодо розвитку малого і середнього підприємництва та промисловості, де Україна також взяла на себе зобов'язання стосовно приведення законодавства України у відповідність до вимог законодавства Європейського Союзу, зокрема з питань енергоефективності та чистого виробництва, до якого належить і використання пестицидів у сільськогосподарському виробництві.

¹ М Г Проданчук, О Ф Бантишев, М В Величко, О П Кравчук, І М Салагор, І М Максимчук, Проблеми кримінально-правової кваліфікації правопорушень обігу небезпечних хімічних речовин на території України (2020) 2 (53) *Науковий фаховий журнал Наукового центру превентивної токсикології, харчової та хімічної безпеки імені академіка Л. І. Медведя МОЗ України «Єдине здоров'я та проблеми харчування України»* 39–48.

² М С Бондаренко, Кримінальна відповідальність за незаконні дії з отруйними чи сильнодіючими речовинами або отруйними чи сильно діючими лікарськими засобами: Матер. дис. на здобуття наукового ступеня к. ю. н., 2021, 269 <ndi.mvs.gov.ua › files › pdf › dissertation_Bondarenko_M_S> дата звернення 07.02.2023.

³ Указ Президента України від 19 березня 2021 року № 104/2021 <<https://www.president.gov.ua/news/volodimir-zelenskij-uviv-u-diyu-rishennya-rnbo-shodo-zahodiv-67257>> дата звернення 07.02.2023.

⁴ Про імплементацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.09.2014 № 847-р <<https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/847-2014-%D1%80>> дата звернення 07.02.2023.

З метою їх реалізації РНБО України проведений комплекс заходів щодо вивчення сучасного стану рівня хімічної безпеки на території України. Результати заходів відображені в рішенні Ради національної безпеки і оборони України від 19 березня 2021 року «Про заходи щодо підвищення рівня хімічної безпеки на території України», яке уведено в дію Указом Президента України № 104/2021, де зазначено, що розглянувши комплекс питань, пов'язаних із викликами хімічного характеру національній безпеці України, встановлено факт недостатньої досконалості нормативно-правового та організаційного забезпечення систем управління хімічною безпекою та поводження з хімічними речовинами в державі, наслідком чого є високий рівень ризиків для природних екосистем та здоров'я населення. Крім цього, зазначається, що недосконалість чинного нормативно-правового регулювання системи хімічної безпеки держави наразі не відповідає загальноприйнятим світовим стандартам, створює передумови для хімічних загроз здоров'ю громадян та екологічному стану України. У цьому контексті також важливим є і приведення у відповідність із законодавством ЄС застосування та розуміння термінів, що стосуються питань хімічної безпеки. Із таких понять, що вживаються в українському праві, але відсутні у правовому забезпеченні ЄС, є поняття «отруйні речовини». Що стосується отруйних речовин як предмета або знаряддя злочину, то на сьогодні в Україні існує своєрідна проблематика, яка полягає у наступному.

Так, кримінально-правовими нормами, а саме статтями 201 та 321 Кримінального кодексу України, передбачена відповідальність за вчинення кримінально

караних діянь у частині незаконного поводження з отруйними речовинами¹. Згідно зі ст. 321 КК України відповідальність передбачена за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою збуту або збут отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів². Автори у цьому контексті беруть до уваги саме отруйні речовини. При цьому у коментарях до КК України при визначенні терміна «отруйна речовина» науковці раніше посилалися на постанову Кабінету Міністрів України від 20 червня 1995 року № 440 (далі постанова № 440, яка втратила чинність)³, якою було затверджено «Порядок одержання дозволу на виробництво, зберігання, транспортування, використання, захоронення, знищення та утилізацію отруйних речовин, у тому числі продуктів біотехнології та інших біологічних агентів» (далі Порядок), до якого додавався «Перелік отруйних речовин, у тому числі продуктів біотехнології та інших біологічних агентів, виробництво, зберігання, транспортування, використання, захоронення, знищення та утилізація яких здійснюються за наявності дозволу» (далі Перелік). До Переліку увійшли 485 назв хімічних речовин та їхніх сполук, 10 назв штамів-продуцентів та 6 видів продуктів біотехнології.

Варто зазначити, що мотиваційною причиною скасування цієї постанови стала невідповідність її термінів вимогам законодавства Євросоюзу, а саме те, що в Європейському Союзі відсутній у законодавчих та підзаконних актах термін «отруйна речовина», а натомість уживається – «високотоксична за її властивістю, а не за застосуванням (предмет чи знаряддя) речовина». Згідно з Директивою 67/548/ЕЕС (далі Директива)⁴ або

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д С Азаров, В К Гришук, А В Савченко та ін.; за заг. ред. О М Джужі, А В Савченка, В В Чернея. 2-ге вид., перероб. і допов. (Київ, Юрінком Інтер, 2018) 1104.

² Там само.

³ Там само.; Про затвердження Порядку одержання дозволу на виробництво, зберігання, транспортування, використання, захоронення, знищення та утилізацію отруйних речовин, у тому числі продуктів біотехнології та інших біологічних агентів: Постанова Кабінету Міністрів України від 20.06.1995 № 440 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/440-95-%D0%BF>> дата звернення 07.02.2023.

⁴ Council Directive 67/548/EEC of 27 June 1967 on the approximation of laws, regulations and administrative

як ще її називають, Директива небезпечних високотоксичних речовин, що видозмінена у 2008 році після прийняття Регламенту регулювання GLP (Classification, Labelling and Packaging, 2006)¹, який набув чинності 2016 року, визначення та таксономія небезпечних високотоксичних речовин міститься у Додатку I Директиви, які стандартизовані і контрольовані Європейським бюро хімічних речовин (ЕСВ). У статті 2 Директиви, що визначає речовини та процеси, які є небезпечними, виділено клас речовин або препаратів, що класифікуються як дуже токсичні або високотоксичні відповідно до вживаного в Україні поняття «отруйна речовина».

Відповідно до законодавства України термін «небезпечна речовина» порівняно з указаним терміном «отруйна речовина» є дещо ширшим, оскільки містить у собі більш розгалужене визначення. Згідно з вітчизняним законодавством, небезпечна речовина – це хімічна, токсична, вибухова, окислювальна, горюча речовина, біологічні агенти та речовини біологічного походження (біохімічні, мікробіологічні, біотехнологічні препарати, патогенні для людей і тварин мікроорганізми тощо), які становлять небезпеку для життя і здоров'я людей та довкілля, сукупність властивостей речовин і/або особливостей їх стану, внаслідок яких за певних обставин може створитися загроза життю і здоров'ю людей, довкіллю, матеріальним та культурним цінностям².

Водночас визначення поняття «отруйна речовина» у законодавчих актах України не закріплено.

Під поняттям «отруйні речовини (отрути)» науковці розуміють – речовини рослинного, тваринного і мінерального походження або продукти хімічного синтезу у твердому, порошкоподібному чи іншому стані, які за сукупністю притаманних їм властивостей створюють або можуть створити небезпеку для людини, довкілля, тварин і які потребують спеціальних методів, умов і засобів поводження з ними, оскільки їх потрапляння в організм людини навіть у незначних дозах викликає тяжке отруєння (гостре чи хронічне) або смерть³.

З метою пошуку і конкретизації визначення самого терміна «отруйні речовини» та їхніх назв, за результатами проведеного аналізу чинних нормативно-правових актів, що регулюють питання обігу небезпечних матеріалів, встановлено, що термін «отруйні речовини» вживається лише у законах України від 24 лютого 1994 року № 4004-XII «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення»⁴ та від 06 вересня 2005 року № 2806-IV «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності»⁵. Жоден із цих законів України не визначає чіткого і виняткового тлумачення поняття «отруйні речовини» та переліку отруйних речовин, обіг яких підпадає під контроль відповідальних за це державних структур, що важливо для правильної кваліфікації за вчиненими кримінальними правопорушеннями, а також під час призначення і проведення судових експертиз.

Однією із суттєвих та вартих уваги є також інша обставина, яка позбавляє

provisions relating to the classification, packaging and labelling of dangerous substances <op.europa.eu > publication-detail > publication> accessed 07.02.2023.

¹ Commission regulation (EU) 2016/1179 of 19 July 2016 amending, for the purposes of its adaptation to technical and scientific progress, Regulation (EC) No 1272/2008 of the European Parliament and of the Council on classification, labelling and packaging of substances and mixtures <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?toc=OJ: L:2016:195: TOC&uri =uriserv: OJ.L_.2016.195.01.0011.01.ENG> accessed 07.02.2023.

² Про об'єкти підвищеної небезпеки: Закон України від 18.01.2001 № 2245-III <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2245-14> дата звернення 07.02.2023.

³ Дії поліції під час виявлення фактів незаконного поводження з небезпечними матеріалами / І М Максимчук, О М Сура, А А Саковський, Я В Фурман та ін.: Метод. реком. (Київ, Нац. акад. внутр. справ, 2019) 81.

⁴ Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення: Закон України від 24.02.1994 № 4004-XII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4004-12> дата звернення 07.02.2023.

⁵ Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності: Закон України від 06.09.2005 № 2806-IV <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2806-15> дата звернення 07.02.2023.

правоохоронні органи інкримінувати застосування ст. 321 КК України¹. До такої належать насамперед розбіжності та недосконалість у визначенні терміна «отруйна речовина», оскільки переважна більшість чинних нормативно-правових актів, а саме закони України: від 25 червня 1991 року № 1264-XII «Про охорону навколишнього природного середовища»²; від 14 жовтня 1992 року № 2694-XII «Про охорону праці»³; від 23 травня 2017 року № 2059-VIII «Про оцінку впливу на довкілля»⁴; від 15 лютого 1995 року № 60/95-ВР «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори»⁵; від 02 березня 1995 року № 86/95-ВР «Про пестициди і агрохімікати»⁶; від 18 січня 2001 року № 2245-III «Про об'єкти підвищеної небезпеки»⁷; від 20 лютого 2003 року № 549-IV «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання»⁸; постанова Кабінету Міністрів України від 17 серпня 1998 року № 1287 «Про затвердження переліку особливо небезпечних хімічних речовин, виробництво яких підлягає ліцензуванню»⁹, а також міжнародні нормативно-правові акти, а саме:

Роттердамська конвенція про процедуру Попередньої обґрунтованої згоди відносно окремих небезпечних хімічних речовин та пестицидів у міжнародній торгівлі від 10 вересня 1998 року, ратифікована Законом України від 26 вересня 2002 року № 169-IV¹⁰, та Стокгольмська конвенція про стійкі органічні забруднювачі від 22 травня 2001 року, ратифікована Законом України від 18 квітня 2007 року № 949-V¹¹, що визначають у своїй термінології саме високотоксичні речовини, а не отруйні, як це зазначено в КК України.

Відповідно до ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість виконання яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. До таких міжнародних документів, які регулюють питання, пов'язані з обігом хімічних речовин та менеджментом, можна визначити наступні: Роттердамська конвенція про процедуру Попередньої обґрунтованої згоди відносно окремих небезпечних хімічних речовин та пестицидів у міжнародній торгівлі¹²; Базельська конвенція про контроль за транскордонними перевезеннями не-

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д С Азаров, В К Гришук, А В Савченко та ін.; за заг. ред. О М Джужі, А В Савченка, В В Чернея. 2-ге вид., перероб. і допов. (Київ, Юрінком Інтер, 2018) 1104.

² Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.1991 № 1264-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12>> дата звернення 07.02.2023.

³ Про охорону праці: Закон України від 14.10.1992 № 2694-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12>> дата звернення 07.02.2023.

⁴ Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23.05.2017 № 2059-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2059-19>> дата звернення 07.02.2023.

⁵ Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори: Закон України від 15.02.1995 № 60/95-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/60/95-%D0%B2%D1%80>> дата звернення 07.02.2023.

⁶ Про пестициди і агрохімікати: Закон України від 02.03.1995 № 86/95-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/86/95-%D0%B2%D1%80>> дата звернення 07.02.2023.

⁷ Про об'єкти підвищеної небезпеки: Закон України від 18.01.2001 № 2245-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2245-14>> дата звернення 07.02.2023.

⁸ Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання: Закон України від 20.02.2003 № 549-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/549-15>> дата звернення 07.02.2023.

⁹ Про затвердження переліку особливо небезпечних хімічних речовин, виробництво яких підлягає ліцензуванню: постанова Кабінету Міністрів України від 17.08.1998 № 1287 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1287-98-%D0%BF>> дата звернення 07.02.2023.

¹⁰ Про приєднання України до Роттердамської конвенції про процедуру попередньої обґрунтованої згоди відносно окремих небезпечних хімічних речовин та пестицидів у міжнародній торгівлі: Закон України від 26.09.2002 № 169-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/169-iv>> дата звернення 07.02.2023.

¹¹ Про ратифікацію Стокгольмської конвенції про стійкі органічні забруднювачі: Закон України від 18.04.2007 № 949-V <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/949-16#Text>> дата звернення 07.02.2023.

¹² Про приєднання України до Роттердамської конвенції про процедуру попередньої обґрунтованої згоди

безпечних відходів та їх видаленням¹; Стокгольмська конвенція про СОЗ (стійкі органічні забруднювачі)².

Із метою покращення ситуації у сфері регулювання обігу хімічних речовин, врахувавши недоліки попередньої системи, у 2003 році Єврокомісія прийняла пропозиції щодо введення нової законодавчої бази ЄС у сфері хімічного виробництва, яка отримала назву REACH. Регламентом Європейського парламенту та Ради ЄС REACH (Registration, Evaluation, Authorization and Restriction of Chemicals – Реєстрація, Оцінювання, Дозвіл і Обмеження Хімічних речовин) від 18 грудня 2006 року № 1907/2006 запроваджена нова система регулювання виробництва³. Закон REACH замінив положення щодо хімічних речовин, які існували раніше в країнах-членах ЄС. У 2008 році Європейським Союзом у сфері регулювання обігу хімічних речовин приймається Регламент (ЄС) № 689/2008 про класифікацію, маркування та упаковку⁴. Зазначений Регламент містить критерії класифікації та правила маркування, які узгоджені на рівні ООН, тобто глобально узгоджену систему класифікації та маркування хімічних речовин (Globally Harmonized System of Classification and Labelling of Chemicals (GHS))⁵. Регламентом запроваджені нові критерії класифікації, символи небезпеки (піктограми) ЄС, а також маркування про потенційні ризики та безпеку.

Мета GHS – забезпечити безпеку працівників, споживачів, довкілля при використанні хімічних речовин шляхом маркування товару. У маркуванні міститься

інформація про можливі небезпеки хімічного характеру, які може спричинити хімічна речовина. Крім цього, це дало змогу проведення класифікації та маркування, а також створення узгодженої класифікації, як цього вимагає REACH.

Із 2020 року відповідно до регламенту на етикетках хімічних продуктів з'явилася формула ідентифікації у вигляді 16-значного коду (UFI). Як зазначається UFI, до 2025 року формула ідентифікації у вигляді 16-значного коду стане обов'язковою на етикетках всіх продуктів, які класифікуються як небезпечні для здоров'я чи несуть фізичну небезпеку.

Окрім обов'язкових для виконання міжнародних нормативно-правових документів, що стосуються розміщення на ринку хімічної продукції, Україна також приєдналася до імплементації «Стратегічного підходу до міжнародного управління хімічними речовинами» (Strategic Approach to International Chemicals Management, далі SAICM)⁶, який є основою для міжнародних дій щодо безпечного поводження із хімічними речовинами. «Стратегічний підхід до міжнародного управління хімічними речовинами» є рекомендаційним. Як зазначається, SAICM є загальним посібником для розв'язання багатьох проблем, пов'язаних з хімічними речовинами. Підсумовуючи, зазначимо, що у вищевказаних міжнародних документах про хімічні речовини вживаються такі поняття, як небезпечні, токсичні та високотоксичні (отруйні) тощо. Водночас поняття «отруйні речовини» в жодному із них не вживається.

відносно окремих небезпечних хімічних речовин та пестицидів у міжнародній торгівлі: Закон України від 26.09.2002 № 169-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/169-iv>> дата звернення 07.02.2023.

¹ Про приєднання України до Базельської конвенції про контроль за транскордонними та їх видаленням: Закон України від 01.07.1999 № 803-XIV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/803-14#Text>> дата звернення 07.02.2023.

² Про ратифікацію Стокгольмської конвенції про стійкі органічні забруднювачі: Закон України від 18.04.2007 № 949-V <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/949-16#Text>> дата звернення 07.02.2023.

³ Regulation (EC) № 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency.

⁴ Регламент (ЄС) від 22.05.2012 № 528/2012 Європейського парламенту та ради <http://www.health.gov.ua/docs/presentation/regl528_2012.pdf> accessed 07.02.2023.

⁵ О П Хохотва, О Л Табачук, Посібник з раціонального управління хімічними речовинами (Київ, Центр ресурсоефективного та чистого виробництва, 2019) 112.

⁶ Strategic Approach to International Chemicals Management <<http://www.saicm.org/About/SAICMOverview>> accessed 07.02.2023.

Висновки. Отже, зважаючи на вказані обставини, автори вважають за доцільне внесення змін у КК України шляхом заміни за їхніми властивостями, а не як предмет чи знаряддя застосування поняття «отруйні речовини» на «високотоксичні речовини» в контексті приведення у відповідність із законодавством ЄС, та викласти статті 201 і 321 КК України наступним чином:

Стаття 201 КК України (Контрабанда).

1. Контрабанда, тобто переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю культурних цінностей, високотоксичних, сильнодіючих, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів, зброї або боеприпасів (крім гладкоствольної мисливської зброї або бойових припасів до неї), частин вогнепальної нарізної зброї, а також спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

2. Та сама дія, вчинена за попередньою змовою групою осіб або особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, або службовою особою з використанням службового становища, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років з конфіскацією майна.

Стаття 321 КК України (Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою збуту або збут високотоксичних чи сильнодіючих речовин або високотоксичних чи сильнодіючих лікарських засобів).

1. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою збуту, збут високотоксичних або сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або високотоксичних чи сильнодіючих лікарських засобів, а також здійснення таких дій щодо обладнання, призначеного

для виробництва чи виготовлення високотоксичних або сильнодіючих речовин, або високотоксичних чи сильнодіючих лікарських засобів, вчинені без спеціального на те дозволу, –

караються штрафом від однієї тисячі до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років.

2. Порушення встановлених правил виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, відпуску, обліку, перевезення, пересилання високотоксичних чи сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними, чи їх аналогами, або високотоксичних чи сильнодіючих лікарських засобів –

карається штрафом від однієї тисячі до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк від трьох до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років.

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені повторно, за попередньою змовою групою осіб, або якщо предметом таких дій були високотоксичні чи сильнодіючі речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або високотоксичні чи сильнодіючі лікарські засоби у великих розмірах –

караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

4. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою, або якщо предметом таких дій були високотоксичні чи сильнодіючі речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або високотоксичні чи сильнодіючі лікарські засоби в особливо великих розмірах – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

5. Особа, яка добровільно здала високотоксичні чи сильнодіючі речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або високотоксичні чи сильнодіючі лікарські

засоби та вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом, звільняється від кримінальної відповідальності за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання високотоксичних чи сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або високотоксичних чи сильнодіючих лікарських засобів, а також за вчинення

таких дій без спеціального на те дозволу (частина перша цієї статті) щодо обладнання, призначеного для виробництва чи виготовлення високотоксичних чи сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або високотоксичних чи сильнодіючих лікарських засобів.

Це дозволить регулювання їх обігу в Україні відповідно до вимог законодавства ЄС.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Council Directive 67/548/EEC of 27 June 1967 on the approximation of laws, regulations and administrative provisions relating to the classification, packaging and labelling of dangerous substances <op.europa.eu › publication-detail › publication> accessed 07.02.2023 [in English].
2. Commission regulation (EU) 2016/1179 of 19 July 2016 amending, for the purposes of its adaptation to technical and scientific progress, Regulation (EC) No 1272/2008 of the European Parliament and of the Council on classification, labelling and packaging of substances and mixtures <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?toc=OJ:L:2016:195:TOC&uri=uriserv:OJ.L_2016_195.01.0011.01.ENG> accessed 07.02.2023 [in English].
3. Regulation (EC) № 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency [in English].
4. Pro okhoronu navkolyshnoho pryrodnoho seredovyshcha [On environmental protection] Zakon Ukrainy vid 25.06.1991 № 1264-KhII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].
5. Pro okhoronu pratsi [On labor protection] Zakon Ukrainy vid 14.10.1992 № 2694-KhII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].
6. Pro zabezpechennia sanitarnoho ta epidemichnoho blahopoluchchia naseleennia [On ensuring sanitary and epidemic well-being of the population] Zakon Ukrainy vid 24.02.1994 № 4004-KhII. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4004-12>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].
7. Pro zatverdzhennia Poriadku oderzhannia dozvolu na vyrobnytstvo, zberihannia, transportuvannia, vykorystannia, zakhoronennia, znyschennia ta utylizatsiiu otruiynykh rehovyn, u tomu chysli produktiv biotekhnologii ta inshykh biolohichnykh ahentiv [On the approval of the Procedure for obtaining a permit for the production, storage, transportation, use, burial, destruction and disposal of poisonous substances, including products of biotechnology and other biological agents] Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 20.06.1995 № 440 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/440-95-%D0%BF>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].
8. Pro narkotychni zasoby, psykhotropni rehovyny i prekursory [On narcotic drugs, psychotropic substances and precursors] Zakon Ukrainy vid 15.02.1995 № 60/95-VR <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/60/95-%D0%B2%D1%80>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].
9. Pro pestytsydy i ahrokhimikaty [On pesticides and agrochemicals] Zakon Ukrainy vid 02.03.1995 № 86/95-VR <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/86/95-%D0%B2%D1%80>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].
10. Pro zatverdzhennia pereliku osoblyvo nebezpechnykh khimichnykh rehovyn, vyrobnytstvo yakykh pidlihaie litsenzuvanniu [On approval of the list of particularly dangerous chemical substances, the production of which is subject to licensing] postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 17.08.1998 № 1287 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1287-98-%D0%BF>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].
11. Pro pryiednannia Ukrainy do Bazelskoi konventsii pro kontrol za transkordonnymy ta yikh vydalenniam [On the accession of Ukraine to the Basel Convention on the control of transboundary illegals and their removal] Zakon Ukrainy vid 01.07.1999 № 803-XIV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/803-14#Text>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].

12. Pro ob'iekty pidvyshchenoi nebezpeky [On objects of increased danger] Zakon Ukrainy vid 18.01.2001 № 2245-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2245-14>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].

13. Pro pryiednannia Ukrainy do Rotterdamskoi konventsii pro protseduru poperednoi obgruntovanoi zghody vidnosno okremykh nebezpechnykh khimichnykh rehovyn ta pestytsydiv u mizhnarodnii torhivli [On the accession of Ukraine to the Rotterdam Convention on the Procedure of Prior Informed Consent for Certain Hazardous Chemical Substances and Pesticides in International Trade] Zakon Ukrainy vid 26.09.2002 № 169-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/169-iv>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].

14. Pro derzhavnyi kontrol za mizhnarodnymi peredachamy tovariv viiskovoho pryznachennia ta podviinoho vykorystannia [On state control over international transfers of military and dual-use goods] Zakon Ukrainy vid 20.02.2003 № 549-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/549-15>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].

15. Pro dozvilnu systemu u sferi hospodarskoi diialnosti [On the permit system in the field of economic activity] Zakon Ukrainy vid 06.09.2005 № 2806-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2806-15>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].

16. Pro ratyfikatsiiu Stokholmskoi konventsii pro stiiki orhanichni zabrudniuvachi [On the ratification of the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants] Zakon Ukrainy vid 18.04.2007 № 949-V <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/949-16#Text>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].

17. Pro implementatsiiu Uhody pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym Spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnyimi derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony [On the implementation of the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their member states, on the other hand] Rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 17.09.2014 № 847-r <<https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/847-2014-%D1%80>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].

18. Pro otsinku vplyvu na dovkillia [On environmental impact assessment] Zakon Ukrainy vid 23.05.2017 № 2059-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2059-19>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].

19. Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 19.03.2021 № 104/2021 [Decree of the President of Ukraine dated March 19, 2021 No. 104/2021] <<https://www.president.gov.ua/news/volodimir-zelenskij-uviv-u-diyu-rishennya-rnbo-shodo-zahodiv-67257>> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].

20. Rehlament (TeS) vid 22.05.2012 № 528/2012 Yevropeiskoho parlamentu ta rady [Regulation (EU) dated May 22, 2012 No. 528/2012 of the European Parliament and Council] <http://www.health.gov.ua/docs/presentation/regl528_2012.pdf> accessed 07.02.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

BOOKS

21. *Dii politsii pid chas vyjavlennia faktiv nezakonnogo povodzhennia z nebezpechnymy materialamy* [Actions of the police during detection of illegal handling of hazardous materials] / I M Maksymchuk, O M Sura, A A Sakovskyi, Ya V Furman ta in.: Metod. rekom. (Kyiv, Nats. akad. vnutr. sprav, 2019) 81 [in Ukrainian].

22. *Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy* [Scientific and practical commentary on the Criminal Code of Ukraine] / D S Azarov, V K Hryshchuk, A V Savchenko ta in.; za zah. red. O M Dzhuzhi, A V Savchenka, V V Chernieia. 2-he vyd., pererob. i dopov. (Kyiv, Yurinkom Inter, 2018) 1104 [in Ukrainian].

23. Khokhotva O P, Tabachuk O L, *Posibnyk z ratsionalnoho upravlinnia khimichnyimi rehovynamy* [Guide to the rational management of chemical substances] (Kyiv, Tsentr resursoefektyvnoho ta chystoho vyrobnytstva, 2019) 112 [in Ukrainian].

ARTICLES

24. Maksymchuk I M, Otruini rehovyny yak element kryminalistychnoi kharakterystyky okremykh kryminalnykh pravoporushen [Poisonous substances as an element of forensic characteristics of certain criminal offenses] (2019) 4 (1) *Naukovyi visnyk publichnogo prava* 316–324 [in Ukrainian].

25. Prodanchuk M H, Bantyshev O F, Velychko M V, Kravchuk O P, Salahor I M, Maksymchuk I M, Problemy kryminalno-pravovoi kvalifikatsii pravoporushen obihu nebezpechnykh khimichnykh rehovyn na terytorii Ukrainy [Problems of the criminal-legal qualification of offenses of circulation of dangerous chemical substances in the territory of Ukraine] (2020) 2 (53) *Naukovyi fakhovyi zhurnal Naukovoho tsentru preventyvnoi toksykologii, kharchovoi ta khimichnoi bezpeky imeni akademika L.I. Medvedia MOZ Ukrainy «Iednye zdorov'ia ta problemy kharchuvannia Ukrainy»* 39–48 [in Ukrainian].

26. Velychko M V, Sytnyk Ye Yu, Kovaliuk O S, Holovin D I, Naslidky derehuliatytsii u sferi derzhavnogo kontroliu za vvezenniam, obihom, vykorystanniam ta utylizatsiieiu na terytorii Ukrainy nebezpechnykh khimichnykh rehovyn [Consequences of deregulation in the sphere of state control over the import,

circulation, use and disposal of hazardous chemicals on the territory of Ukraine] (2017) 1–2 (77–78) *Naukovo-praktychnyi (fakhovyi) zhurnal «Suchasni problemy toksykologii, kharchovoi ta khimichnoi bezpeky»* 143–149 [in Ukrainian].

DISSERTATIONS

27. Bondarenko M S, Kryminalna vidpovidalnist za nezakonnii dii z otruinymy chy sylnodiiuchymy rehovynamy abo otruinymy chy sylno diiuchymy likarskymy zasobamy [Criminal liability for illegal actions with poisonous or potent substances or poisonous or potent drugs] Mater. dys. na zdobuttia naukovooho stupenia k.yu.n., 2021, 269 <dndi.mvs.gov.ua › files › pdf › dissertation_Bondarenko_M_S> data zvernennia 07.02.2023 [in Ukrainian].

WEBSITES

28. Strategic Approach to International Chemicals Management [Strategic Approach to International Chemicals Management] <<http://www.saicm.org/About/SAICMOverview>> accessed 07.02.2023 [in English].

Prodanchuk M. H.

*Doctor of Medical Sciences, Professor,
Corresponding Member. NAMS of Ukraine,
Director of the Scientific Center for Preventive
Toxicology,
Food and Chemical Safety named after
Academician
L. I. Medvedya, Ministry of Health of Ukraine,*

Chernyak A. M.

*Doctor of Law, Professor,
Rector of the National Academy of
Security Service of Ukraine*

Velychko M. V.

*Candidate of Biological Sciences,
Senior Researcher and part-time
Senior Researcher of the Scientific Center for
Preventive Toxicology, Food and Chemical
Safety
named after Academician L. I. Bear
of the Ministry of Health of Ukraine
Professor of the National Academy of
Security Service of Ukraine,*

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/120-131>

EXPEDIENCY OF REPLACING THE CONCEPT OF TOXIC SUBSTANCES WITH HIGHLY TOXIC SUBSTANCES IN THE CONCEPT OF UKRAINE IN THE CONTEXT OF HARMONIZATION WITH EU LEGISLATION

Abstract. *As part of the implementation of the decision of the National Security and Defense Council of Ukraine of March 19, 2021 “On measures to improve the level of chemical safety in Ukraine” which was enacted by Presidential Decree № 104/2021, on insufficient perfection of regulatory and organizational support chemical safety management and management systems in the country related to harmonization with the EU. In this context, it is also important to harmonize with the EU the application and understanding of terms related to chemical safety issues. One of the concepts*

used in Ukrainian law, but absent in the EU legal framework, is the concept of toxic substances. The purpose of the study is the expediency of amending the Criminal Code of Ukraine by replacing the concept of toxic substances with highly toxic in the context of harmonization with EU legislation.

Based on the study, the authors came to the conclusion that it is appropriate to amend the Criminal Code of Ukraine by replacing the concept of toxic substances with highly toxic in the context of harmonization with EU legislation.

Therefore, the authors propose making changes to the Criminal Code of Ukraine by replacing them according to their properties, and not as a subject or tool of applying the concept of “poisonous substances” to “highly toxic substances” in the context of bringing them into line with EU legislation, and removing the statues 201 and 321 of the Criminal Code of Ukraine in the new editors.

Keywords: *chemicals, highly toxic, toxicity, legal security, harmonization, national security, European Union, directives, regulations.*

ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ ДИСПОЗИЦІЙ ЧАСТИН ТРЕТЬОЇ ТА ШОСТОЇ СТАТТІ 111-1 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Анотація. Вітчизняні науковці зазначають, що до 2014 р. дослідження колабораціонізму в Україні більшою мірою стосувалися подій Другої світової війни і було предметом вивчення істориками, а не юристами. Історичні аспекти колабораційної діяльності і відповідальності за неї під час і після Другої світової війни висвітлені в сотнях монографій, докторських і кандидатських дисертацій, інших академічних друкованих публікацій, статей та тез виступів на наукових форумах.

Із 2014 р. у зв'язку агресією РФ проти України постало питання щодо реагування на це явище, в тому числі шляхом нормативного врегулювання відповідних заходів. Проте спроби унормування законодавства про колабораційну діяльність були незавершеними, проекти мали розмиті формулювання, не було чіткого розмежування між видами формами колабораціонізму. Прийняття Закону про колабораційну діяльність, яким Кримінальний кодекс України доповнено статтею 111¹, відбулося вже після широкомасштабного вторгнення РФ в Україну 24.02.2022. Існувало кілька проектів законів, вибір серед яких остаточного варіанту редакції відбувався в умовах дефіциту часу, текст статті Кодексу, як виявилось пізніше, не був позбавлений недоліків.

Мета статті – акцентувати увагу науковців і практиків на окремих неточностях, суперечностях, прогалинах і неузгодженостях, наявних у диспозиціях чч. 3 і 6 ст. 111¹ КК України, та сформулювати пропозиції щодо їх фахового обговорення й подальшого розгляду питання про можливість врахування при удосконаленні диспозиції вказаної статті Кодексу.

Основним результатом дослідження є розуміння того, що колабораційна діяльність протягом тривалого часу становитиме в державі й суспільстві значну соціальну і юридичну проблему. У зв'язку з цим з метою виконання завдань Кримінального кодексу України наукове дослідження її різних форм довго залишатиметься актуальним.

Вивчення змісту ст. 111¹ КК України дало змогу констатувати наявність окремих неточностей і суперечностей у диспозиціях чч. 3 та 6 цієї статті; прогалин у вітчизняному законодавстві щодо визначення окремих понять, що примушує правозастосовувачів самостійно їх тлумачити; неузгодженостей термінів, вжитих у ст. 111¹ КК України, з термінами, застосованими в законодавстві України й міжнародних нормативних актах.

Ключові слова: колабораційна діяльність, інформаційна діяльність, пропаганда, стандарти освіти, заходи політичного характеру, мета.

Постановка проблеми. Вітчизняні науковці зазначають, що до 2014 р. дослідження колабораціонізму в Україні більшою мірою стосувалися подій Другої світової війни¹² і було предметом вивчення істориками, а не юристами. Історичні аспекти колабораційної діяльності і відповідальності за неї під час і після Другої світової війни висвітлені в сотнях монографій, докторських і кандидатських дисертацій, інших академічних друкованих публікацій, статей та тез виступів на наукових форумах.

Із 2014 р. у зв'язку агресією рф проти України постало питання щодо реагування на це явища, в тому числі шляхом нормативного врегулювання відповідних заходів³. Так, М. М. Маланич зауважив, що в часи незалежної України проблематика колабораціонізму постала в 2014 р., коли був анексований Крим і воєнним шляхом окупована російською федерацією частина Донецької і Луганської областей. І саме тоді в політичний дискурс України повернувся наратив «колабораціонізм» й розпочався процес юридичного оформлення колабораційної діяльності. Проте спроби унормування законодавства про колабораційну діяльність були не завершеними, проекти мали розмиті формулювання, не було чіткого розмежування між формами колабораціонізму. Проблемою також було і те, що політична еліта проросійського спрямування в Україні досить впевнено і безкарно саботувала прийняття цих законів у будь-який із версій. Прийняття Закону про колабораційну діяльність, яким Кри-

мінальний кодекс України доповнено статтею 111 (далі – ст. 111¹ КК України) відбулося вже після широкомасштабного вторгнення рф в Україну 24.02.2022⁴. Існувало кілька проєктів законів, вибір серед яких остаточного варіанту редакції відбувався в умовах дефіциту часу, текст статті Кодексу, як виявилось пізніше, не був позбавлений недоліків.

За даними Офісу Генерального прокурора, станом на 16.03.2023 р. було зареєстровано 4731 кримінальних проваджень, кваліфікованих як колабораціонізм (без диференціації за вісьмома частинами цієї статті). На 17.05.2023 р. їх стало 5354⁵. Згідно зі Звітом судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2022 р. форма № 1-к (річна), на розгляді перебувало 659 кримінальних проваджень, кваліфікованих за ст. 111¹ КК України, стосовно 681 особи (також без диференціації за частинами статті). Кількість розглянутих проваджень становить 308 одиниць (45,2% від числа тих, що перебували на розгляді). Постановлено 268 вироків, з них із затвердженням угоди про припинення – 1; із затвердженням угоди про визнання винуватості – 52 (19,4%). Відмовлено в затвердженні угоди і повернено прокурору для продовження досудового слідства 3 провадження, повернено прокурору 2 провадження, закрито 2 провадження, направлено для визначення підсудності 33 провадження. Загальна кількість осіб у справах із закінченим провадженням становить 272 одиниці. Із них кримінальні провадження стосовно 3 осіб закриті. Кількість нерозглянутих

¹ Т Вайда, Колабораційна діяльність в умовах війни: поняття, документування та кримінальна відповідальність за протиправні дії/діяльність. *Актуальні питання кримінально-правової кваліфікації, документування та розслідування колабораціонізму*: матер. Всеукр наук-практ конф (Одеса 21 липня 2022). (Одеса, ОДУВС, 2022) 14.

² В Данилюк, Сучасний стан кримінальної відповідальності за колабораціонізм в Україні. *Актуальні питання кримінально-правової кваліфікації, документування та розслідування колабораціонізму*: матер. Всеукр наук-практ конф (Одеса 21 липня 2022 р.). (Одеса, ОДУВС, 2022) 39.

³ Т Вайда, Там само.

⁴ М Маланич, Сучасний стан визначення категорії колабораціонізм в умовах воєнного стану. *Актуальні питання кримінально-правової кваліфікації, документування та розслідування колабораціонізму*: матер. Всеукр. наук-практ. конф. (м Одеса 21 липня 2022) (Одеса, ОДУВС, 2022) 60.

⁵ Злочини, вчинені в період повномасштабного вторгнення РФ. Офіс Генерального прокурора <<https://www.gp.gov.ua/>> дата звернення 17.03.2023.

проваджень на кінець 2022 р. становила 351 одиницю щодо 361 особи¹. Станом на 08.05.2023 р. у Єдиному державному реєстрі судових рішень наявний доступ до 388 вироків, винесених за ст. 111¹ КК України (за ч. 1–230 вироків; за ч. 2–59; за ч. 3–2; за ч. 4–32; за ч. 5–41; за ч. 6–3; за ч. 7–21 вирок). Число виявлення фактів цього кримінального правопорушення й покарання за нього постійно збільшуватиметься. Колабораційна діяльність у різних формах протягом тривалого часу становитиме в державі й суспільстві значну соціальну й юридичну проблему. У зв'язку з цим з метою виконання завдань Кримінального кодексу України, визначених його статтею 1, наукове дослідження її різних форм довго залишатиметься актуальним.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. На початковому етапі публікації стосовно колабораціонізму з'явилися у зв'язку з науковими, законодавчими, громадськими дебатами з приводу значної кількості законопроектів щодо запровадження кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність. Із запровадженням у березні 2022 р. статті 111¹ КК України проблемним кримінально-правовим, кримінальним процесуальним, кримінологічним, криміналістичним аспектам колабораціонізму присвятила увагу значна кількість вітчизняних теоретиків і практиків. Це знайшло відображення в низці оприлюднених наукових, науково-практичних і публіцистичних праць за авторством С.В. Албула, Ю.В. Бауліна, Д.О. Білої, М.С. Бондаренка, Т.В. Бутко, Т.С. Вайди, А.В. Воронцова, І.В. Глююка, К.Ю. Гончаренка, В.В. Данилюка, Н. Добрянської, В.А. Завтур, З.А. Загиней-Заболотенко, О.М. Зайця, О.О. Книженко, В.Я. Конопельського, О.О. Крав-

чук, В.Н. Кубальського, Р.О. Мовчана та багатьох інших фахівців.

Метою статті є акцентування уваги користувачів на окремих неточностях, суперечностях, прогалинах і неузгодженостях, наявних у диспозиції ст. 111¹ КК України, та формулювання пропозиції щодо їх наукового обговорення і в подальшому розгляді й можливого врахування при удосконаленні диспозиції вказаної статті Кодексу.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 3 ст. 111¹ КК України, виражається, зокрема, в такій формі, як «здійснення в закладах освіти... пропаганди... з метою встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України».

Нормативного визначення пропаганди не існує, хоча широко вживається в суспільно-політичній лексиці та в ст. 436 КК України (Пропаганда війни). Раніше термін застосовувався у печально відомій ст. 62 КК УРСР 1960 р. (Антирадянська агітація і пропаганда). З іноземної мови його перекладають як «те, що підлягає розповсюдженню». Теорія тлумачить пропаганду як поширення і постійне, глибоке та детальне роз'яснення яких-небудь ідей, поглядів, знань; ідейний вплив на широкі маси або певні групи людей, що має політичний або релігійний характер; система засобів масового поширення ідей, поглядів і т. ін.²; форму комунікації, що спрямована на поширення фактів або відомостей для впливу на відповідне коло осіб³; активний вплив на людей за допомогою слів, малюнків, документів, дій з метою спонукати їх до вчинення визначених дій або впровадження до їх свідомості певної ідеології⁴; діяльність, спрямовану

¹ Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2022, Форма № 1-к (річна), Розділ 1 Розгляд справ кримінального провадження, Офіційний сайт Судова влада України Судова статистика <https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvit_dsau_2022> дата звернення 17.03.2023.

² В Бусел (ред), Великий тлумачний словник сучасної української мови (Київ, Ірпінь, ВТФ «Перун», 2009) 1162.

³ А Подзіров, Колабораціонізм в освітній діяльності: кого притягнуть до відповідальності? <<https://helsinki.org.ua/articles/kolaboratsionizm-v-osvitniy-diyalnosti-koho-prytiahnut-do-vidpovidalnosti/>> дата звернення 18.03.2023.

⁴ С Дьяков, А Игнатъев, М Карлушин, Ответственность за государственные преступления (1988) 72.

на поширення та роз'яснення політичних, філософських, наукових, етичних, художніх ідей, учень і поглядів, знань, цінностей тощо з метою формування певного світогляду, уявлень та емоційного настрою, впливу на поведінку людей¹; діяльність, спрямовану на поширення за допомогою наполегливого, активно роз'яснення, а іноді і нав'язування переконань, ідей, знань або технічних нововведень². Термін «пропаганда» може бути лише окремим проявом таких нормативно визначених статтею 9 Закону України «Про інформацію» видів інформаційної діяльності, як «використання» або «поширення». Однак крім них до видів інформаційної діяльності ця ж стаття закону відносить ще й «створення, збирання, одержання, зберігання, охорону та захист інформації», що відповідно до положень стст. 12, 13 КК України може утворювати стадії незакінченої колабораційної дії – готування чи замах на кримінальне правопорушення, чого термін «пропаганда» безпосередньо не охоплює. Одночасно підкреслимо, що однією із форм злочинної колаборації у ч. 6 ст. 111¹ КК України законодавець правильно вжив максимально широкий термін – «інформаційна діяльність». Тому з метою точнішого формулювання диспозиції ч. 3 ст. 111¹ КК України та узгодження її змісту з ч. 6 ст. 111¹ доцільно розглянути питання щодо заміни ідеологізованого чи політизованого й нормативно не визначеного терміна «пропаганда» термінологією ст. 9 Закону України «Про інформацію» або розкриття в нормативному акті, наприклад, у примітках до ст. 111¹ КК України чи ст. 436 КК України змісту терміну «пропаганда».

У ч. 3 ст. 111¹ КК України одним із трьох перерахованих у цій частині

статті варіантів мети, з якою вчиняється колабораційна діяльність у формі пропаганди, вказане «встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України». Встановленням є дія за значенням установити³; означає також процес – створюючись, утверджуватися, узаконюватися, закріплюватися⁴. Утвердження – це дія за значенням утверджувати, утверджуватися; установлюючись, робитися міцним, непорушним; остаточно зміцнюватися; установлювати свою владу, зміцнювати своє становище⁵. У словосполученні «встановлення та утвердження...» невдало вжитий сполучник «та», який за характером відношень між членами речення чи словосполучення може виконувати як єднальну, так і зіставно-протиставну функцію. Якщо тлумачити функцію сполучника «та» як зіставно-протиставного, то для оцінки наявності чи відсутності ознак складу кримінально караного діяння достатньо одної із двох дій. З метою уникнення двозначності тлумачення сторонами обвинувачення, захисту та судами конструкцію статті необхідно уточнити, вживши розділовий сполучник «або» – «встановлення та/або утвердження...».

Одночасно у ч. 6 ст. 111¹ КК України однією з трьох форм об'єктивної сторони колабораційної діяльності законодавець сформулював «організацію та проведення заходів політичного характеру», спрямованих на встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України. Як і в ч. 3 ст. 111¹ КК України, знову невдало вжито у ч. 6 ст. 111¹ КК України єднальний сполучник «та» у словосполученнях «встановлення та утвердження», «організація та проведення». Організацією вважається дія за значенням організувати, організовувати і організуватися, організовуватися⁶. Проведення

¹ О Скопенко, Т Цимбалюк, Сучасний словник іншомовних слів (Київ, Довіра, 2006) 565.

² Л Шевченко (за ред), Новий словник іншомовних слів / Л І Шевченко, О І Ніка, О І Хом'як, А А Дем'янюк (Київ, АРІЙ, 2008) 501.

³ Словник української мови в 11 т., Том 10, 497 <<http://sum.in.ua/s/>> дата звернення 18.03.2023.

⁴ В Бусел (ред), Великий тлумачний словник сучасної української мови (Київ, Ірпінь, ВТФ «Перун», 2009) 1517.

⁵ Там само. 1518.

⁶ Словник української мови в 11 т., Том 5, 739 <<http://sum.in.ua/s/>> дата звернення 18.03.2023.

є дією за значенням провести, проводи-ти¹. Аналогічно до попереднього випадку щодо ч. 3 ст. 111¹ КК України, така конструкція робить діяння кримінально караним лише за одночасної наявності двох проявів, тобто якщо винна особа не лише «встановлювала», а й «утверджувала...», а також не тільки «організовувала», а й проводила...». Тому конструкцію ч. 6 ст. 111¹ КК України доречно уніфікувати з запропонованим протиставним формулюванням для ч. 3 ст. 111¹ КК України, вживши розділовий сполучник «або» – «встановлення або утвердження...», «організація або проведення...».

Іншим варіантом мети пропаганди у закладах освіти... законодавець визначив у ч. 3 ст. 111¹ КК України «сприяння здійсненню збройної агресії проти України». Зміст терміну «збройна агресія» розкритий у ст. 1 Закону України «Про оборону України»². Не цитуючи визначених ним семи форм збройної агресії, слід зауважити, що закон не передбачив восьмої форми, наявної в ст. 3 резолюції Генеральної Асамблеї ООН – «бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави»³. Окрім цього, законодавчий термін «збройна агресія» відрізняється від терміна «агресія (акт агресії)», вжитого в резолюції Генеральної Асамблеї ООН. Вважаємо необхідним розглянути питання про узгодження законодавчого визначення назви і змісту агресії із зазначеним текстом міжнародного документа.

Варіант чергової мети здійснення пропаганди у закладах освіти – «сприяння здійсненню збройної агресії проти України», не має нормативного тлумачення.

Словники сприянням вважають дію за значенням сприяти; позитивний вплив на що-небудь; створення відповідних умов для здійснення, виконання і т. ін. чого-небудь; подання допомоги в чому-небудь; створення, формулювання бажання виконувати яку-небудь дію; потурання кому-небудь⁴. Синонімами сприяння є допомога, підтримка, які визначаються одне через інше. Допомога – сприяння, підтримка в чому-небудь; захист⁵. Підтримкою є дія за значенням підтримати, підтримувати; забезпечення, надання необхідних засобів у процесі чогось; те, що зберігає чию-небудь життєдіяльність, підкріплює, зміцнює кого-, що-небудь; те, що вселяє впевненість, підбадьорює; надання матеріальної, моральної і т. ін. допомоги, сприяння в чому-небудь; надання підкріплення, збільшення чисельності; продовження чого-небудь, не даючи припинитися, порушитися, зникнути, загинути; зберігання, тримання у певному стані, в потрібному вигляді; поділяючи погляди, виявляючи симпатію, виступ на захист або на боці кого-, чого-небудь⁶.

Третій варіант визначеної законодавцем мети здійснення пропаганди у закладах освіти – уникнення відповідальності за здійснення державою-агресором збройної агресії проти України, вважаємо необхідним розуміти виходячи з наступного. Державою-агресором (державою-окупантом) є держава, визнана Верховною Радою України державою-агресором або державою-окупантом⁷; держава, яка у будь-який спосіб окупувала частину території України або яка вчиняє агресію проти України⁸. Постановою Верховної Ради України від

¹ Словник української мови в 11 т., Том 8, 130. <<http://sum.in.ua/s/>> дата звернення 18.03.2023.

² Про оборону України: Закон України від 05.10.2000 № 2020-III (1992) 9 *Відомості Верховної Ради України* Ст. 106. Ст. 1. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12/card3#Files>> дата звернення 18.03.2023.

³ Генеральна Асамблея ООН Визначення агресії Резолюція від 14.12.1974 № 3314 Ст 3) <<https://zakononline.com.ua/documents/show/169633169633>> дата звернення 18.03.2023.

⁴ В Бусел (ред), Великий тлумачний словник сучасної української мови (Київ, Ірпінь, ВТФ «Перун», 2009) 1377.

⁵ Там само. 319.

⁶ Там само. 968.

⁷ Про медіа: Закон України від 13.12.2022 № 2849-IX <<https://document.vobu.ua/doc/16906>> дата звернення 18.03.2023.

⁸ Про кінематографію: Закон України від 13.01.1998 № 9/98-ВР (1998) 22 *Відомості Верховної Ради Укра-*

27.01.2015 р. російська федерація визнана державою-агресором¹. Інші країни, що підтримують РФ в агресії проти України, поки що не визнані встановленим порядком державами-агресорами. Уникнення відповідальності слід розуміти як дію за значенням уникнути; намагатися відсторонитися від якихось дій, участі в якійсь справі, роботі; з певних причин не використовувати чого-небудь, утримуватися від чого-небудь, обходитися без чогось; берегтися, рятуватися від чого-небудь; запобігати чому-небудь, позбавлятися чогось; не допустити якихось небажаних наслідків, результатів².

Другою формою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 3 ст. 111¹ КК України, законодавець визначив дії, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти. За відсутності документів-стандартів освіти держави-агресора, для розуміння сутності їх впровадження на тимчасово окупованій території України за основу слід брати різні вітчизняні стандарти. Так, Державні стандарти загальної середньої освіти – це вимоги до обов'язкових результатів навчання та компетентностей здобувача загальної середньої освіти відповідного рівня. Документи визначають загальний обсяг навчального навантаження та форми державної атестації здобувачів освіти на відповідному рівні загальної середньої освіти, характеристики змісту навчання, принципи організації освітнього процесу, систему управління змістом освіти, змістові лінії та очікувані результати навчання за освітніми галузями. Державні стандарти розробляються на теоретичному і світоглядному фундаменті класичної та сучасної педагогіки України і світу,

на основі аналізу впровадження провідних українських та світових інноваційних практик в освіті задля реалізації головної цілі загальної середньої освіти. Метою повної загальної середньої освіти є всебічний розвиток, виховання і соціалізація особистості, яка здатна до життя в суспільстві та цивілізованій взаємодії з природою, має прагнення до самовдосконалення і навчання впродовж життя, готова до свідомого життєвого вибору, самореалізації, відповідальності, трудової діяльності та громадянської активності. Державні стандарти затверджуються постановою Кабінету міністрів України і переглядаються не менше одного разу на 10 років. Зміна змісту й обсягу Державних стандартів загальної середньої освіти іншими органами виконавчої влади не допускається. Заклад загальної середньої освіти створює умови для досягнення здобувачами результатів навчання та забезпечує відповідність рівня загальної середньої освіти Державним стандартам. На основі Державних стандартів розробляються: Базовий навчальний план (є складовою частиною стандарту); Типові освітні програми (затверджує Міністерство освіти і науки України); Типові навчальні плани (затверджує Міністерство освіти і науки України); Освітня програма (схвалюється педагогічною радою закладу освіти та затверджується його керівником у разі розробки документа на основі типових освітніх програм); Робочий навчальний план закладу освіти (схвалюється педагогічною радою закладу освіти та затверджується його керівником)³. Стандарт вищої освіти – сукупність вимог до освітніх програм вищої освіти, які є спільними для всіх освітніх програм

їни Ст. 114 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/9/98-%D0%B2%D1%80#Text>> дата звернення 18.03.2023.

¹ Про Звернення Верховної Ради України до Організації Об'єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї НАТО, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державою-агресором: Постанова Верховної Ради України від 27.01.2015 № 129-VIII (2015) 10 *Відомості Верховної Ради України* Ст. 68 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/129-19#Text>> дата звернення: 18.03.2023.

² В Бусел (ред.), Великий тлумачний словник сучасної української мови (Київ, Ірпінь, ВТФ «Перун», 2009) 1510.

³ Державні стандарти <<https://mon.gov.ua/ua/osvita/zagalna-serednya-osvita/derzhavni-standarti>> дата звернення 18.03.2023

у межах певного рівня вищої освіти та спеціальності¹. Виходячи з наведеного, викладання громадянином України у закладах освіти на тимчасово окупованій території України будь-якого навчального предмета за стандартами освіти держави-агресора є впровадженням цих стандартів. Закінченим складом вказаної форми злочину, є будь-які дії, лише спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора. Тобто йдеться про процес, що відбувається, триває; ще не закінчену дію, поки не досягнутий кінцевий результат. Доцільно дослухатися до правової позиції О.О. Книженко: «Чи становлять такі дії суспільну небезпечність для України як держави? Суспільно небезпечними є діяння, пов'язані із формуванням політичного світогляду, який шкодить Україні, а не будь-яка викладацька діяльність у закладах освіти. Отже, законодавець надто широко визначив межі караності. Доцільно це діяння тлумачити так, щоб під дію закону про кримінальну відповідальність підпадали діяння, пов'язані із формуванням політичного світогляду, який шкодить Україні»². У подібних ситуаціях можливим є використання положень ч. 2 ст. 11 КК України стосовно того, що не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

Також слід резюмувати, що будь-який один з трьох визначених законодавцем у ч. 3 ст. 111¹ КК України варіантів мети є достатнім для констатації наявності ознак складу злочину. Тобто відсутня необхідність доказування одночасного існування усіх проявів мети.

Ще один аспект кваліфікації як кримінального правопорушення впровадження стандартів освіти держави-агресора стосується того, чи є мета цього діяння ознакою, що підлягає доказуванню. Визначення цієї форми колабораційної діяльності, в тексті ч. 3 ст. 111¹ КК України починається після опису першої форми колабораціонізму – пропаганди в закладах освіти, й після коми і зі слів «а також». Із погляду граматики це відділяє діяння у другій формі від варіантів мети, сформульованих щодо першої форми колабораційної діяльності. Таким чином, для впровадження стандартів освіти держави-агресора мета діяння саме у цій формі диспозицією ч. 3 ст. 111¹ КК України не визначена, тому для кваліфікації злочину значення не має і доказуванню не підлягає.

Пункт 2 Примітки до ст. 111¹ КК України відніс до заходів політичного характеру з'їзди, збори, мітинги, походи, демонстрації, конференції, круглі столи тощо. З одного боку, «тощо» означає можливість продовження правозастосовувачами переліку заходів, наприклад, пікет, одиночний пікет, брифінг, прес-конференція. Однак ч. 1 ст. 2 КК України визначає підставою кримінальної відповідальності вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого Кодексом. Тобто, розширене тлумачення, не допускається. Слід також підкреслити, що перелік заходів, наведений у цьому пункті визначає їх форму але не зміст. За змістом же політикою є загальний напрямок, характер діяльності держави, певного класу або політичної партії у тій чи іншій галузі у певний період; події та питання внутрішньодержавного і міжнародного суспільного життя³. Політичну діяльність розуміють як невіддільну частину загальної людської діяльності, специфіч-

¹ Про вищу освіту: Закон України від 01.07.2014 № 1556-VII (2014) 37–38 *Відомості Верховної Ради* ст. 2004. Ч. 1 ст. 10 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text>> дата звернення 18.03.2023.

² В Колесник (заг. ред), Кваліфікація та розслідування окремих видів злочинів проти основ національної безпеки та воєнних злочинів: навч. посіб. (Київ, НА СБУ, 2022) 32.

³ В Бусел (ред.), Великий тлумачний словник сучасної української мови (Київ, Ірпінь, ВТФ «Перун», 2009) 1035.

на сутність, якої полягає в сукупності дій окремих індивідів і великих соціальних груп, спрямованих на реалізацію їхніх політичних інтересів, насамперед завоювання, утримання і використання влади¹; специфічну форму активного ставлення людей до свого суспільного середовища, яка має на меті цілеспрямоване його регулювання та перетворення за допомогою чинника влади; комплекс дій як окремих осіб, так і великих груп людей і цілих народів, спрямований на здобуття та здійснення влади або впливу на неї². Тому вважається доцільним усунути п. 2 Примітки, щоб не обмежувати заходи політичного характеру лише запропонованими в ній термінами.

Для усіх трьох форм колабораційної діяльності, передбаченої ч. 6 ст. 111¹ КК України, сформульовані однакові й знову різноманітні варіанти мети. На відміну від ч. 3 ст. 111¹ КК України і на порушення правил законодавчої техніки термін «мета» у диспозиції ч. 6 ст. 111¹ КК України не вжито, а застосовано словосполучення «спрямовані на...». Згідно із слов-

никами, метою є ціль, те, до чого особа прагне, чого хоче досягти; заздалегідь намічене завдання; замисел³.

Висновки. Таким чином, вивчення змісту ст. 111¹ КК України дало змогу констатувати наявність окремих неточностей і суперечностей у диспозиціях чч. 3 та 6 цієї статті; прогалин у вітчизняному законодавстві щодо визначення окремих термінів, що примушує правозастосовувачів самостійно їх тлумачити; неузгодженостей термінів, вжитих у ст. 111¹ КК України, з термінами, застосованими в законодавстві України й міжнародних нормативних актах.

У зв'язку з викладеним, **перспективи подальших розвідок у цьому напрямі** вбачаються в тому, що виявлені у ст. 111¹ КК України й зазначені неточності, суперечності, прогалини, неузгодженості, а також пропозиції щодо їх усунення можуть слугувати підставою для продовження теоретичних пошуків і діяльності з практичного удосконалення диспозиції ст. 111¹ КК України з метою її ефективного правозастосування.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Heneralna Asambleia OON Vyznachennia ahresii Rezoliutsiia vid 14.12.1974 № 3314 St 3 [UN General Assembly Definition of aggression Resolution dated 14.12.1974 No. 3314 Article 3] <<https://zakononline.com.ua/documents/show/169633169633>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

2. Pro oboronu Ukrainy [On the defense of Ukraine] Zakon Ukrainy vid 05.10.2000 № 2020-III (1992) 9 Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy St. 106. St. 1. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12/card3#Files>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

3. Pro vyshchu osvitu [On higher education] Zakon Ukrainy vid 01.07.2014 № 1556-VII (2014) 37–38 Vidomosti Verkhovnoi Rady st. 2004. Ch. 1 st. 10 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

4. Pro media [About media] Zakon Ukrainy vid 13.12.2022 № 2849-IKh <<https://document.vobu.ua/doc/16906>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

5. Pro kinematohrafiu [On cinematography] Zakon Ukrainy vid 13.01.1998 № 9/98-VR (1998) 22 Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy St. 114 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/9/98-%D0%B2%D1%80#Text>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

6. Pro Zvernennia Verkhovnoi Rady Ukrainy do Orhanizatsii Ob'iednanykh Natsii, Yevropeiskoho Parlamentu, Parlamentskoi Asamblei Rady Yevropy, Parlamentskoi Asamblei NATO, Parlamentskoi Asamblei OBSiE, Parlamentskoi Asamblei HUAM, natsionalnykh parlamentiv derzhav svitu pro vyznannia

¹ Політична діяльність <<https://uk.wikipedia.org/wiki>> дата звернення 18.03.2023.

² Політична діяльність <<http://politics.elib.org.ua/pages-8417.html>> дата звернення 18.03.2023.

³ В Бусел (ред.), Великий тлумачний словник сучасної української мови (Київ, Ірпінь, ВТФ «Перун», 2009) 661; Словник української мови в 11 т., Том 4, 683 <<http://sum.in.ua/s/meta><<http://sum.in.ua/s/>> дата звернення: 18.03.2023.

Rosiiskoi Federatsii derzhavoiu-ahresorom [On the Appeal of the Verkhovna Rada of Ukraine to the United Nations, the European Parliament, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, the NATO Parliamentary Assembly, the OSCE Parliamentary Assembly, the GUAM Parliamentary Assembly, national parliaments of the world countries on the recognition of the Russian Federation as an aggressor state] Postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy vid 27.01.2015 № 129-VIII (2015) 10 Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy St. 68 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/129-19#Text>> data zvernennia: 18.03.2023 [in Ukrainian].

CASES

7. Zvit sudiv pershoi instantsii pro rozghliad materialiv kryminalnoho provadzhenia za 2022, Forma № 1-k (richna), Rozdil 1 Rozghliad sprav kryminalnoho provadzhenia, Ofitsiinyi sait Sudova vlada Ukrainy Sudova statystyka [Report of courts of first instance on consideration of materials of criminal proceedings for 2022, Form No. 1-k (annual), Section 1 Consideration of cases of criminal proceedings, Official website of the Judiciary of Ukraine Judicial Statistics] <https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvit_dsau_2022> data zvernennia 17.03.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

AUTHORED BOOKS

8. Diakov S, Yhnatev A, Karpushyn M, *Otvetsvennost za gosudarstvennye prestupleniya* [Liability for state crimes] (1988) 72 [in Russian].

9. Skopenko O, Tsybaliuk T, *Suchasnyi slovnyk inshomovnykh sliv* [Modern dictionary of foreign words] (Kyiv, Dovira, 2006) 565 [in Ukrainian].

10. *Slovnyk ukrainskoi movy v 11 t., Tom 4, 683* [Dictionary of the Ukrainian language in 11 volumes, Volume 5, 1974] <<http://sum.in.ua/s/meta<http://sum.in.ua/s/>>> data zvernennia: 18.03.2023 [in Ukrainian].

11. *Slovnyk ukrainskoi movy v 11 t., Tom 5, 1974* [Dictionary of the Ukrainian language in 11 volumes, Volume 5, 1974] <<http://sum.in.ua/s/>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

12. *Slovnyk ukrainskoi movy v 11 t., Tom 8, 1977* [Dictionary of the Ukrainian language in 11 volumes, Volume 8, 1977] <<http://sum.in.ua/s/>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

13. *Slovnyk ukrainskoi movy v 11 t., Tom 10, 1979* [Dictionary of the Ukrainian language in 11 volumes, Volume 10, 1979] <<http://sum.in.ua/s/>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

EDITED BOOKS

14. Busel V (red), *Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy* [Large explanatory dictionary of the modern Ukrainian language] (Kyiv, Irpin, VTF «Perun», 2009) 1517 [in Ukrainian].

15. Kolesnyk V (zah. red), *Kvalifikatsiia ta rozsliduvannia okremykh vydiv zlochyniv proty osnov natsionalnoi bezpeky ta voiennykh zlochyniv* [Qualification and investigation of certain types of crimes against the foundations of national security and war crimes] (Kyiv, NA SBU, 2022) 32 [in Ukrainian].

16. Shevchenko L (za red), *Novyi slovnyk inshomovnykh sliv* [New dictionary of foreign words] / L I Shevchenko, O I Nika, O I Khom'iak, A A Dem'ianiuk (Kyiv, ARII, 2008) 672 [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

17. Danyiuk V, *Suchasnyi stan kryminalnoi vidpovidalnosti za kolaboratsionizm v Ukraini* [The current state of criminal responsibility for collaborationism in Ukraine] *Aktualni pytannia kryminalno-pravovoi kvalifikatsii, dokumentuvannia ta rozsliduvannia kolaboratsionizmu*: mater. Vseukr nauk-prakt konf (Odesa 21 lypnia 2022 r). (Odesa, ODUVS, 2022) 39 [in Ukrainian].

18. Malanych M, *Suchasnyi stan vyznachennia katehorii kolaboratsionizm v umovakh voiennoho stanu* [The current state of defining the category of collaborationism in the conditions of martial law] *Aktualni pytannia kryminalno-pravovoi kvalifikatsii, dokumentuvannia ta rozsliduvannia kolaboratsionizmu*: mater. Vseukr. nauk-prakt. konf. (m Odesa 21 lypnia 2022) (Odesa, ODUVS, 2022) 60 [in Ukrainian].

19. Vaida T, *Kolobratsiina diialnist v umovakh viiny: poniattia, dokumentuvannia ta kryminalna vidpovidalnist za protypravni dii/diialnist* [Collaborative activities in wartime: concepts, documentation and criminal liability for illegal actions/activities] *Aktualni pytannia kryminalno-pravovoi kvalifikatsii, dokumentuvannia ta rozsliduvannia kolaboratsionizmu*: mater Vseukr nauk-prakt konf (Odesa 21 lypnia 2022). (Odesa, ODUVS, 2022) 14 [in Ukrainian].

WEBSITES

20. Derzhavni standarty [State standards] <<https://mon.gov.ua/ua/osvita/zagalna-serednya-osvita/derzhavni-standarti>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

21. Zlochyny, vchyneni v period povnomasshtabnoho vtorhnennia RF. Ofis Heneralnoho prokurora [Crimes committed during the full-scale invasion of the Russian Federation. Office of the General Prosecutor] <<https://www.gp.gov.ua/>> data zvernennia 17.03.2023 [in Ukrainian].

22. Podzirov A, Kolaboratsionizm v osvittii diialnosti: koho prytiahnut do vidpovidalnosti? [Collaboration in educational activity: who will be held accountable?] <<https://helsinki.org.ua/articles/kolaboratsionizm-v-osvittiy-diialnosti-koho-prytiahnut-do-vidpovidalnosti/>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

23. Politychna diialnist [Political activity] <<https://uk.wikipedia.org/wiki/>> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

24. Politychna diialnist [Political activity] <[HTTP://POLITICS.ELLIB.ORG.UA/PAGES-8417.HTML](http://POLITICS.ELLIB.ORG.UA/PAGES-8417.HTML)> data zvernennia 18.03.2023 [in Ukrainian].

Tyschenko E. F.

*Candidate of legal sciences,
associate professor, is a leading research
worker of the National academy of
Security of Ukraine Service
ORCID ID: 0000-0002-8174-9042*

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/132-141>

REGARDING THE IMPROVEMENT OF THE PROVISIONS OF PARTS THREE AND SIX OF ARTICLE 111-1 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

Abstract. *Ukrainian scholars argue that until 2014, research of collaborationism in Ukraine was mostly related to the events of the Second World War and was studied by historians rather than lawyers. The historical aspects of collaboration and responsibility for it during and after the Second World War are covered in hundreds of monographs, doctoral and PhD dissertations, other academic publications, articles and theses at scientific forums.*

Since 2014, due to the aggression of the Russian Federation against Ukraine, the matter of responding to this phenomenon has arisen, by regulatory means as well. However, the attempts to standardize legislation on collaboration activities were incomplete, the drafts had vague wording, and there was no clear distinction between types and forms of collaboration. The adoption of the Law on Collaboration, which supplemented the Criminal Code of Ukraine with Article 111¹, took place after the full-scale invasion by the Russian Federation in Ukraine on February 24, 2022. There were several draft laws, but the choice of the final version took place in conditions of shortage of time, the text of the article of the Code, as it turned out later, was not flawless.

Purpose of the article – is to focus the attention of scientists and practitioners on certain inaccuracies, contradictions, gaps and discrepancies existing in the dispositions of Art. 3 and 6 Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine, and formulate proposals for their professional discussion and further consideration of the possibility of taking into account the improvement of the text of this article of the Code.

The main result of the study is the comprehension that collaboration activities for a long time will constitute a significant social and legal problem in the state and society. In this regard, in order to fulfill the tasks of the Criminal Code of Ukraine, scientific research of its various forms will remain relevant for a long time.

While studying the content of Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine certain inaccuracies and contradictions were distinguished in the text of the Criminal Code. 3 and 6 of this article; gaps in domestic legislation regarding the definition of certain concepts, which forces law enforcement officers to interpret them; inconsistencies in the terms used in Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine, with the terms used in the legislation of Ukraine and international regulations.

Keywords: *collaboration activity, information activity, propaganda, standards of education, political events, purpose.*

III. ПРОБЛЕМИ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ

Книженко О. О.,

доктор юридичних наук, професор,

старший науковий співробітник

Національної академії Служби безпеки України

ORCID ID: 0000-0001-9252-7464

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/142-150>

УДК 343.3

ПОКАРАННЯ ТА ІНШІ ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕАГУВАННЯ ЗА ВЧИНЕННЯ КОЛАБОРАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Анотація. У зв'язку з криміналізацією в нашій державі колабораційної діяльності перед правозастосовувачами постало кілька питань. Серед них особливе місце займає застосування покарання та інших заходів кримінально-правового реагування за вчинення колабораційної діяльності, оскільки ефективність правової норми багато в чому залежить від передбачених законом про кримінальну відповідальність обмежень прав та свобод, які можуть застосовуватися до винної особи. З'ясування обсягу кримінально-правових обмежень, які покладаються на осіб, що вчинили колабораційну діяльність, дозволить оцінити якість кримінально-правової норми.

Нажаль порушене питання не було предметом окремої уваги дослідників. Основна частина наукових праць нині присвячена проблемам відмежування проявів колабораційної діяльності між собою, а також від суміжних кримінальних правопорушень.

Мета статті – проаналізувати санкції кримінально-правових норм, які встановлюють відповідальність за колабораційну діяльність, й на підставі проведеного аналізу надати комплексне бачення про можливі кримінально-правові наслідки для винної особи за вчинення вказаних діянь.

У результаті дослідження встановлено, що в якості основного виду покарання за більшість форм проявів колабораційної діяльності законодавець встановив позбавлення волі, строк якого диференціював залежно від виду колабораційної діяльності. Позбавлення волі за вчинення колабораційної діяльності завжди поєднано із застосуванням додаткового виду покарання – позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Альтернативними більш м'якими до позбавлення волі покараннями за колабораційну діяльність законом передбачено штраф (ч. 4 ст. 111–1 КК України), виправні роботи та арешт (ч. 3 ст. 111–1 КК України).

У санкції за вчинення кваліфікованого складу злочину альтернативою позбавленню волі законодавець встановив довічне позбавлення волі. При цьому за таких обставин встановлено абсолютно визначений строк позбавлення волі – 15 років, що є законодавчою вадою, оскільки не дозволяє належним чином індивідуалізувати покарання.

Конфіскації майна із восьми частин ст. 111–1 КК України у п'яти з них поєднується з можливістю призначення такого додаткового виду покарання як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ч.ч. 4–8 ст. 111–1 КК України). Водночас у більшості випадках конфіскація майна передбачена як додатковий факультативний вид

покарання (ч. ч. 2, 5–7 КК України), а отже може бути й не призначена, якщо суд дійде такого висновку.

За вчинення колабораційної діяльності її уповноваженою особою передбачено можливість застосування заходів кримінально правового характеру щодо юридичних осіб.

До осіб, які скоїли колабораційну діяльність, можливе застосування звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із передачею особи на поруки.

Положення ч. 1 та ч. 2 ст. 111–1 КК України вказують на необхідність внесення змін до назви Розділу I Особливої частини КК України, оскільки зазначений у них вид покарання, свідчить, що передбачені діяння належать до категорії кримінальних проступків.

Ключові слова: покарання, види покарань, заходи кримінально-правового характеру, колабораційна діяльність, кримінально-правове реагування, звільнення від кримінальної відповідальності, колабораціонізм.

Постановка проблеми. У березні 2022 року Кримінальний кодекс України (далі – КК України) доповнено новою нормою, якою встановлено відповідальність за вчинення колабораційної діяльності (ст. 111–1 КК України). Ця норма вміщує у собі вісім частин, в семи з яких описано самостійні склади кримінальних правопорушень, а також вказано на вид і розмір покарання за їх вчинення. У восьмій частині зазначені кваліфікуючі ознаки та покарання за вчинення діяння з отяжуючими ознаками. Діапазон вказаних видів покарань сягає від найменш суворого до найбільш суворого.

Також варто вказати й на те, що за діяння, які описані в перших двох частинах ст. 111–1 КК України, встановлено тільки один вид покарання – позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років. Зазначене свідчить про дублювання положень абзацу п'ятого ч. 1 ст. 55 КК України. Законодавча конструкція якою в положеннях норм Особливої частини дублюються положення Загальної частини КК України свідчить про недосконалість правової норми.

Передбачене покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю свідчить, що вищевказані діяння належать до категорії кримінальних проступків. У цьому контексті назва Розділу I «Злочини проти основ національної безпеки України» Особливої частини КК України не відповідає його змісту.

Окремої уваги потребує й питання встановлення саме передбачених строків окремих видів покарань.

Зазначене, а також відсутність наукових публікацій в яких би комплексно було розглянуто питання караності колабораційної діяльності, обумовило вибір тематики цієї публікації.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Найвні наукові праці в домінуючій більшості присвячені аналізу суб'єктивних та об'єктивних ознак різних форм колабораційної діяльності, відмежуванню колабораційної діяльності від державної зради, пособництву державі-агресору та інших суміжних злочинів. Питанню покарання за вказані діяння увага приділена фрагментарно, без комплексного аналізу кримінально-правових норм, в яких законодавець вказав на негативні наслідки, яких зазнає особа, винна в різних проявах колабораціонізму. Про застосування інших заходів кримінально-правового характеру у разі вчинення колабораційної діяльності у наукових публікаціях йдеться лише під час постановки питання щодо доцільності звільнення від кримінальної відповідальності за окремі форми колабораційної діяльності.

Мета статті – проаналізувати санкції кримінально-правових норм, які встановлюють відповідальність за колабораційну діяльність, й на підставі проведеного аналізу надати комплексне бачення про можливі кримінально-правові наслідки для винної особи за вчинення вказаних діянь.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Висвітлюючи види та розміри покарань, які зазначені ст. 111–1 КК України, передусім необхідно взяти до уваги положення ч. 2 ст. 65 КК України. Відповідно до зазначеної норми більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинене кримінальне правопорушення призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення особи та попередження вчинення нею нових кримінальних правопорушень¹. Тому, з огляду на зазначене, виклад матеріалу варто почати з найменш суворого виду покарань.

У цьому контексті необхідно зауважити, що нині в доктрині кримінального права справедливої критики зазнали положення ст. 51 КК України. Саме нею суд керується під час визначення суворості покарання, оскільки покарання в ній зазначено від менш суворого до більш суворого. На сьогодні вже звернуто увагу на невідповідність сучасним реаліям місця окремих видів покарань у їх системі, яка визначена ст. 51 КК України². Оскільки метою цієї частини роботи є висвітлення видів та розмірів покарань, яке можливо призначити за колабораційну діяльність, а не участь в наукових дебатах з цього приводу, опис матеріалу почнемо із найменш суворого покарання, визначеного ст. 51 КК України.

Штраф законодавець встановив в якості основного виду покарання. Зокрема ч. 4 ст. 111–1 КК України передбачений штраф до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – нмдг). Це єдина частина ст. 111–1 КК України, яка вказує на такий вид покарання як штраф.

Згідно з положеннями Податкового кодексу України, зокрема п. 5 Розді-

лу ХХ. «Перехідні положення» зазначає, якщо норми інших законів містять посилення на неоподатковуваний мінімум доходів громадян (далі – нмдг), то для цілей їх застосування використовується сума в розмірі 17 гривень, крім норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації адміністративних або кримінальних правопорушень, для яких сума неоподаткованого мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, визначеної підпунктом 169.1.1 пункту 169.1 статті 169 розділу IV цього Кодексу для відповідного року³. Відповідно до вказаних норм неоподатковуваний мінімум доходів громадян в частині кваліфікації діянь на 2023 рік складає 1342 гривні, а в частині визначення розміру штрафу – 17 гривень.

Санкція ч. 4 ст. 111–1 КК України вказує лише максимум штрафу. Його мінімальний розмір можемо вирахувати, виходячи з положень ч. 2 ст. 53 КК України, й становитиме він 30 нмдг, що у гривневому еквіваленті складатиме 510 грн.

Отже, розмір призначеного штрафу за передачу матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора, та/або провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, у тому числі окупаційною адміністрацією держави-агресора, може складати від 510 грн. до 170 000 грн.

Оскільки, за діяння, описане в ч. 4 ст. 111–1 КК України, передбачене основне покарання у виді штрафу понад

¹ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> дата звернення 15.05.2023.

² Олійник, Проблемні питання сучасної системи покарань: вітчизняний та зарубіжний досвід (2018) 2 *Підприємництво, господарство і право* 191–196; О Рябчинська, Система покарань як передумова диференціації кримінальної відповідальності та покарання (2013) 1 *Південноукраїнський правничий часопис* 177–180.

³ Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>> дата звернення 15.05.2023.

три тисячі нмдг, то розмір штрафу, що призначається судом, не може бути меншим за розмір майнової шкоди, завданої кримінальними правопорушенням, або отриманого внаслідок вчинення кримінального правопорушення доходу, незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією цієї статті (ч. 2 ст. 53 КК України).

Тому, наприклад, якщо у разі здійснення господарської діяльності у взаємодії з незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, одержано прибуток понад 170 000 грн., то й розмір штрафу не може бути меншим за цей прибуток.

Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як вид покарання законодавець встановив у всіх частинах ст. 111–1 КК України. Однак у двох із них (це ч.ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України) передбачив його як основний вид покарання, а в решті – як додаткове обов'язкове покарання. Варто зауважити, що строк позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як для основного, так й для додаткового виду покарання встановлений однаково й складає від десяти до п'ятнадцяти років. Тобто фактично повністю відтворено редакцію абзацу п'ятого ч. 1 ст. 55 КК України в якому йдеться про те, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основне або додаткове покарання за вчинення кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України, передбачених ст.ст. 111–1, 111–2 КК України, призначається на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

Законодавча конструкція, якою покарання визначається однаково як в якості основного покарання, так й додаткового та ще як у простих складах кримінальних правопорушень, так й у кваліфікованому складі, викликає справедливі зауваження. Кримінальна правова норма має бути сконструйована таким чином, щоб з її допомогою дося-

галася диференціація та індивідуалізація кримінальної відповідальності. Для цього необхідно, аби кримінально правовими нормами встановлювалися різні види та строки покарань за простий та кваліфікований склад кримінальних правопорушень. Стосується це покарань, які призначаються як основні, так й додаткові.

Необхідно також звернути увагу й на те, що законодавець, використовуючи юридичну техніку з допомогою якої виписується зміст правової норми, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю визнає в одних випадках як додаткове покарання, що застосовується до всіх основних покарань, передбачених у санкції, а в інших лише стосовно окремо визначеного покарання.

Зокрема, стосується це ч.ч. 3, 4 та 8 ст. 111–1 КК України. Так згідно з редакцією ч. 3 ст. 111–1 КК України позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання можливе лише щодо позбавлення волі, а не всіх альтернативних покарань, зазначених у цій нормі. Відповідно до редакції санкцій ч.ч. 4 та 8 ст. 111–1 КК України позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання можливе до всіх без виключення основних покарань, визначених вказаними нормами.

Такий висновок обумовлений тлумаченням правової норми, яке надав Верховний Суд України у Постанові Судової палати у кримінальних справах від 6 липня 2017 у справі № 5–164кс(15)17. Так, суд роз'яснив, що згідно граматичного способу тлумачення, розташований в тексті санкції розділовий сполучник «або» є місцем синтаксичного розриву тексту, тому, при відсутності в тексті санкції між основним і додатковим видом покарання такого розділового знака як «кома», один з видів основного покарання, передбачений в санкції, слід розглядати як альтернативний іншому,

зазначеному в цій же санкції, але вже в поєднанні з додатковим покаранням, розташованим в тексті безпосередньо за ним¹.

Виправні роботи як вид покарання передбачено за вчинення діяння, описаного ч. 3 ст. 111–1 КК України – здійснення громадянином України пропаганди у закладах освіти незалежно від типів та форм власності з метою сприяння здійсненню збройної агресії проти України, встановленню та утвердженню тимчасової окупації частини території України, уникненню відповідальності за здійснення державою-агресором збройної агресії проти України, а також дії громадян України, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти.

Санкція ч. 3 ст. 111–1 КК України визнає за можливе призначити такий вид покарання строком до двох років. Отже мінімальний строк виправних робіт, які можуть призначатися за вказане діяння, визначений ч. 1 ст. 57 КК України, де зазначається, що покарання у виді виправних робіт встановлюється на строк від шести місяців до двох років і відбувається за місцем роботи засудженого.

Фактично законодавець за такі альтернативні діяння як пропаганда в закладах освіти, а також дії громадян України, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти встановив однакові види та розміри покарань.

Можливе призначення за вчинення колабораційної діяльності й конфіскації майна, яка згідно з ч. 2 ст. 52 КК України є додатковим видом покарання. Зважаючи на положення ч. 4 ст. 52 КК України, де відзначається, що до основного покарання може бути приєднане одне чи кілька додаткових покарань у випадках та порядку, передбачених КК України, санкції ст. 111–1 КК України широко використовують ці положення. Так, із вось-

ми частин ст. 111–1 КК України у п'яти з них є можливим застосування конфіскації майна разом із таким додатковим видом покаранням як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ч. ч. 4–8 ст. 111–1 КК України).

У більшості випадках конфіскація майна передбачена як додатковий факультативний вид покарання (ч. ч. 2, 5–7 КК України), а отже може бути й не призначена, якщо суд вважатиме, що цілі, визначені ч. 2 ст. 50 КК України, можливо досягнути й без такого додаткового покарання. У двох нормах (ч. 4 ст. 111–1 та ч. 8 ст. 111–1 КК України) конфіскація майна передбачена як обов'язковий додатковий вид покарання. Одна з цих норм визначає відповідальність за наявності кваліфікуючих ознак – загибелі людей або настання інших тяжких наслідків.

Арешт як вид покарання передбачено лише за діяння, відповідальність за які встановлена ч. 3 ст. 111–1 КК України (здійснення пропаганди в закладах освіти та дії громадян України, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти).

Законодавець вказує лише на максимум арешту, який може бути призначено у разі вчинення вказаних дій, й становить він шість місяців. Інформація про мінімальну межу арешту міститься в ч. 1 ст. 60 КК України й складає один місяць. Отже суд може призначати арешт як основний вид покарання від одного до шести місяців.

Позбавлення волі як один із видів покарань передбачено майже за всі прояви колабораційної діяльності. Виключення становлять лише діяння, описані ч. 1 та ч. 2 ст. 111–1 КК України. Варто відзначити, що законодавець позбавлення волі передбачає переважно як альтернативний вид покарання. Така інформація є вкрай необхідною, оскільки

¹ Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України у від 06.11.2017 у справі № 5–164кк(15)17 <<https://sudpraktika.wordpress.com/кримінальне-право/стаття-366-службове-підроблення/постанова-всу-№-5-164кк1517-від-06-07-2017-року/>> дата звернення 28.05.2023.

положення ч. 2 ст. 65 КК України вимагають того, аби більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинене кримінальне правопорушення призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення особи та попередження вчинення нею нових кримінальних правопорушень¹.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 111–1 КК України альтернативою позбавленню волі визначено виправні роботи та арешт.

Згідно з ч. 4 ст. 111–1 КК України також альтернативним покаранням буде штраф розміром до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Отже альтернативними більш м'якими до позбавлення волі покараннями законодавством передбачено штраф (ч. 4 ст. 111–1 КК України), виправні роботи та арешт (ч. 3 ст. 111–1 КК України).

Необхідно зауважити, що в санкції за вчинення кваліфікованого складу злочину альтернативою позбавленню волі законодавець встановив довічне позбавлення волі.

Решта норм (ч.ч. 5–7 ст. 111–1 КК України) встановлює тільки одне основне покарання – позбавлення волі.

Строки цього виду покарання залежать від виду колабораційної діяльності й можуть бути встановлені від трьох років до п'ятнадцяти років, оскільки законодавець диференціював кримінальну відповідальність залежно від вчиненого діяння, що в свою чергу дозволяє належним чином досягнути індивідуалізації покарання про яку йдеться в п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України.

Довічне позбавлення волі передбачено лише у разі вчинення колабораційної діяльності з обтяжуючими покарання ознаками. Так, санкція ч. 8 ст. 111–1 КК України визначає, що до особи може бути застосовано або п'ятнадцять років позбавлення волі, або довічне позбавлення

волі. Зазначений строк позбавлення волі свідчить, що санкція є альтернативною, однак разом з тим абсолютно-визначено передбачає лише п'ятнадцять років позбавлення волі. При такій санкції є вкрай складно врахувати особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

Варто відзначити, що чинний КК України у двох нормах, в яких описано злочини проти основ національної безпеки України (ст. 111 та ст. 114 КК України), передбачає можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності у разі вчинення нею так званої позитивної посткримінальної поведінки. Нажаль, не дивлячись на те, що колабораційна діяльність багато в чому подібна до державної зради, законодавець станом на сьогодні такої можливості у разі скоєння колабораційної діяльності не встановив.

Проте на рівні законотворчої діяльності питання про звільнення від кримінальної відповідальності громадян України за окремі прояви діянь, що підпадають під ознаки колабораційної діяльності, вже порушується. Приміром, законопроектом 8301–2 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо уточнення відповідальності за деякі види кримінальних правопорушень на тимчасово окупованих територіях» запропоновано звільняти від кримінальної відповідальності громадян України, які незаконно (примусово) призваний до збройних сил держави-окупанта або незаконних збройних формувань на тимчасово окупованих територіях України, та добровільно здалися в полон збройним силам, правоохоронним органам або іншим військовим формуванням України². Не вдаючись до детального аналізу цього законопроекту, оскільки це не є метою цієї праці, відзначимо лише на те, що наразі гостро стоїть питання

¹ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> дата звернення 15.05.2023.

² Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо уточнення відповідальності за деякі види кримінальних правопорушень на тимчасово окупованих територіях: Проект Закону України від 09.01.2023 № 8301–2 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41131>> дата звернення 28.02.2023.

про визначення меж відповідальності осіб за колабораціонізм. Таке становище не є випадковим, оскільки позитивна посткримінальна поведінка будучи проявом кримінально-правового компромісу спонукає до досягнення цілей кримінального права та кримінального процесу з мінімізацією негативних соціальних наслідків для особи, суспільства та держави. Тому в майбутньому є цілком можливим прийняття кримінально-правових норм, які міститимуть ознаки позитивної посткримінальної поведінки за колабораційну діяльність.

Аналіз санкцій ст. 111–1 КК України засвідчує про можливість застосування ст. 47 КК України у разі вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ч. ч. 1–4 ст. 111–1 КК України вперше.

Звільнення від кримінальної відповідальності з передачею особи на поруки колективу підприємства, установи чи організації за їхнім клопотанням можливе у разі виправдання протягом року довіри колективу, а також не ухилення від заходів виховного характеру та додержання громадського порядку (ч. 1 ст. 47 КК України).

Аналіз положень ст. ст. 45, 46, 48 та ст. 49 КК України спонукає до висновку щодо неможливості звільнення особи, яка вчинила колабораційну діяльність, від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям, примирення винного з потерпілим, із зміною обстановки та у зв'язку із закінченням строків давності.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 96–3 КК України за вчинення уповноваженою особою юридичної особи від імені та в інтересах юридичної особи колабораційної діяльності є можливим застосування щодо юридичної особи заходів кримінально-правового характеру.

Колабораційна діяльність визнається вчиненою в інтересах юридичної особи, якщо такі дії призвели до отримання юридичною особою неправомірної вигоди або створили умови для отримання такої вигоди, або були спрямовані

на ухилення від передбаченої законом відповідальності.

Висновки. Підсумовуючи викладене, зазначимо, що в якості основного виду покарання за більшість форм проявів колабораційної діяльності законодавець встановив позбавлення волі, строк якого диференціював залежно від виду колабораційної діяльності. Позбавлення волі за вчинення колабораційної діяльності завжди поєднано із застосуванням такого додаткового виду покарання як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Строк цього додаткового виду покарання встановлений однаковим для всіх проявів колабораційної діяльності, що є законодавчою вадою й потребує вдосконалення. Така законодавча конструкція санкцій аналізованих норм не дозволяє повною мірою диференціювати кримінальну відповідальність, а значить досягнути реалізації цілей покарання. Усунути вказану ваду можна шляхом внесення відповідних змін не тільки до санкцій, що проаналізовано, а й до ч. 1 ст. 55 КК України, оскільки саме в ній відзначається, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основне або додаткове покарання за вчинення кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України, передбачених ст.ст. 111–1, 111–2 КК України призначається на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

Альтернативними більш м'якими до позбавлення волі покараннями за колабораційну діяльність законом передбачено штраф (ч. 4 ст. 111–1 КК України), виправні роботи та арешт (ч. 3 ст. 111–1 КК України).

У санкції за вчинення кваліфікованого складу злочину альтернативою позбавленню волі законодавець встановив довічне позбавлення волі. При цьому за таких обставин встановлено абсолютно визначений строк позбавлення волі – 15 років, що також є законодавчою вадою, оскільки не дозволяє належним чином індивідуалізувати покарання.

Конфіскації майна із восьми частин ст. 111–1 КК України у п'яти з них поєднується з можливістю призначення такого додаткового виду покарання як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ч.ч. 4–8 ст. 111–1 КК України). Водночас у більшості випадках конфіскація майна передбачена як додатковий факультативний вид покарання (ч.ч. 2, 5–7 КК України), а отже може бути й не призначена, якщо суд дійде такого висновку.

За вчинення колабораційної діяльності її уповноваженою особою чинні положення закону про кримінальну відповідальність передбачають можливість застосування заходів кримінально правового характеру щодо юридичних осіб.

До осіб, які скоїли колабораційну діяльність, нині можливо застосувати

лише один вид звільнення від кримінальної відповідальності – це звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із передачею особи на поруки. У майбутньому є цілком можливим прийняття кримінально-правових норм, які міститимуть ознаки позитивної посткримінальної поведінки за колабораційну діяльність.

Положення ч. 1 та ч. 2 ст. 111–1 КК України засвідчують про необхідність внесення змін до назви Розділу I Особливої частини КК України, оскільки зазначений у них вид покарання, свідчить, що передбачені діяння належать до категорії кримінальних проступків.

Перспективами подальших наукових розробок може слугувати розроблення посткримінально-правових норм за колабораційну діяльність.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Kriminalnij kodeks Ukrainy [The Criminal Code of Ukraine] vid 05.04.2001 № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> data zvernennya 28.02.2023 [in Ukrainian].
2. Podatkovyy kodeks Ukrainy [Tax Code of Ukraine] vid 02.12.2010 № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>> data zvernennya 28.02.2023 [in Ukrainian].

CASES

3. Postanova Sudovoyi palaty u kryminal'nykh spravakh Verkhovnoho Sudu Ukrainy [Resolution of the Judicial Chamber in Criminal Cases of the Supreme Court of Ukraine] vid 6 lyunya 2017 u spravi № 5–164ks(15)17 <<https://sudpraktika.wordpress.com/кримінальне-право/стаття-366-службове-підроблення/постанова-всу-№-5-164кс1517-від-06-07-2017-року/>> data zvernennya 28.02.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

JOURNAL ARTICLES

4. Oliynyk O, Problemnі pytannya suchasnoyi systemy pokaran': vitychyznyany ta zarubizhnyy dosvid [Problematic issues of the modern system of punishments: domestic and foreign experience]. (2018) 2 *Entrepreneurship, economy and law* 191–196 [in Ukrainian].
5. Ryabchyn's'ka O, Systema pokaran' yak peredumova dyferentsiatsiyi kryminal'noyi vidpovidal'nosti ta pokarannya [The system of punishments as a prerequisite for the differentiation of criminal responsibility and punishment] (2013) 1 *South Ukrainian legal journal* 177–180 [in Ukrainian].

WEBSITES

6. Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho kodeksu Ukrainy shchodo utochnennia vidpovidal'nosti za deiyaki vydy kryminalnykh pravoporushen na tymchasovo okupovanykh terytoriiakh [On the introduction of amendments to the Criminal Code of Ukraine regarding clarification of responsibility for certain types of criminal offenses in the temporarily occupied territories] Proekt Zakonu Ukrainy vid 09.01.2023 № 8301-2 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41131>> data zvernennya 28.02.2023 [in Ukrainian].

Knyzhenko O.

*Doctor of Laws Science, professor,
senior science employee*

National Academy of Security of Ukraine

ORCID ID: 0000-0001-9252-7464

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/142-150>

PUNISHMENT AND OTHER MEASURES OF CRIMINAL-LEGAL RESPONSE FOR COMMITTING COLLABORATIVE ACTIVITIES

Abstract *In connection with the criminalization of collaborative activities in our country, law enforcement officers have several questions. Among them, a special place is occupied by the application of punishment and other criminal-legal response measures for the commission of collaborative activities, because the effectiveness of the legal norm largely depends on the limitations of rights and freedoms provided by the law on criminal liability. Clarifying the scope of criminal law restrictions that are imposed on guilty persons will allow to assess the quality of the criminal law norm.*

Unfortunately, the raised issue was not the subject of separate attention of researchers. The main part of scientific works is currently devoted to the problems of distinguishing manifestations of collaborative activity from each other, as well as from related criminal offenses.

The purpose of the article is to analyze the sanctions of criminal legal norms that establish responsibility for collaborative activity. On the basis of the conducted analysis, provide a comprehensive vision of the possible criminal legal consequences for the guilty person for committing the specified acts.

This study found that it was established that the legislator established imprisonment as the main type of punishment for most forms of collaborative activity. Its term was differentiated depending on the type of collaborative activity. Deprivation of liberty for committing collaborative activities is always combined with the application of an additional type of punishment – deprivation of the right to hold certain positions or engage in certain activities.

The law provides for a fine (Part 4 of Article 111–1 of the Criminal Code of Ukraine), correctional labor and arrest (Part 3 of Article 111–1 of the Criminal Code of Ukraine) as alternative, milder punishments to imprisonment for collaborative activity.

In the sanction for committing a qualified crime, the legislator established life imprisonment as an alternative to deprivation of liberty.

Confiscation of property is combined with the possibility of imposing such an additional type of punishment as deprivation of the right to hold certain positions or engage in certain activities (Part 4–8 of Article 111–1 of the Criminal Code of Ukraine). At the same time, in most cases, confiscation of property is provided as an additional optional type of punishment (parts 2, 5–7 of the Criminal Code of Ukraine), and therefore may not be imposed if the court reaches such a conclusion.

For the commission of collaborative activity by its authorized person, the possibility of applying measures of a criminal legal nature against legal entities is provided.

Exemption from criminal liability may be applied to persons who have committed collaborative activities in connection with the transfer of a person to bail.

The provisions of Part 1 and Part 2 of Art. 111–1 of the Criminal Code of Ukraine testify to the need to amend the title of Section I of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine, since the type of punishment specified in them indicates that the prescribed acts belong to the category of criminal misdemeanors.

Key words: *punishment, types of punishment, criminal-legal measures, collaborative activity, criminal-legal response, exemption from criminal responsibility, collaborationism.*

Мельник Д. С.,
кандидат юридичних наук,
провідний науковий співробітник
НОЦ НА СБ України
ORCID ID: 0000–0002–1497–950X

Леонов Б. Д.,
доктор юридичних наук, професор,
головний науковий співробітник
МНДЦ при РНБО України.
ORCID ID: 0000–0002–2488–7377

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/151-163>

УДК 343.341: 342.9 (477)

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ ПОРЯДКУ ВИЗНАННЯ ОРГАНІЗАЦІЙ ТЕРОРИСТИЧНИМИ ТА ФОРМУВАННЯ ЇХ РЕЄСТРУ

Анотація. Стаття присвячена актуальним питанням удосконалення порядку визнання організацій терористичними та формування їх реєстру.

Зазначається, що розширення впливу терористичних організацій, збільшення їх терористичної активності, поширення впливу терористичної ідеології, вимагає удосконалення законодавчого порядку визнання їх терористичними, формування єдиного переліку таких організацій

Метою статті визначено удосконалення законодавчого порядку визнання організацій терористичною, з'ясування проблем формування їх реєстру в контексті заходів протидії організованій терористичній діяльності.

У статті розкрито загрози та ризики, пов'язані з діяльністю терористичних організацій, обґрунтовано важливість процедур їх визнання терористичними та ведення переліку таких організацій для удосконалення практики протидії тероризму. Зазначається, що ведення та оприлюднення списків (переліків) організацій, визнаних у встановленому законом порядку терористичними, є не тільки потужним засобом протидії терористичній діяльності, а також важливим інструментом комунікації держави та суспільства, оскільки дозволяє публічно засвідчити зв'язок тієї чи іншої організації з протиправною діяльністю. З'ясовано недостатність нормативно-правового регулювання в Україні вказаних процедур, що ускладнює реалізацію ефективних заходів реагування на протиправну діяльність терористичних організацій. Проаналізовано положення нещодавно прийнятого Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, а також до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом», виділено його недоліки, у зв'язку з чим визначено потребу його подальшого удосконалення.

У висновках запропоновано комплекс заходів з удосконалення антитерористичної діяльності. Обґрунтовано потребу підвищення ефективності протидії організованій терористичній діяльності в Україні, насамперед шляхом удосконалення законодавства у сфері

протидії тероризму та практики його застосування, що, на думку авторів, дозволить виконати Україні її міжнародно-правові зобов'язання у цій сфері.

Ключові слова: тероризм, терористичні організації, законодавство, порядок визнання, реєстр, протидія.

Постановка проблеми.

Зростання рівня організованості терористичної діяльності, створення потужних терористичних формувань із розвиненою інфраструктурою, активність регіональних мереж, підконтрольних терористичним організаціям, які намагаються використати у своїх цілях національні, регіональні, етнічні конфлікти в окремих державах, є основними тенденціями поширення тероризму в світі¹.

Злочинні терористичні угруповання, які об'єднують представників різних країн світу, стають усе більше різномірними та динамічними, легко адаптуються до сучасних умов, що є виразною тенденцією їхньої терористичної діяльності. Сьогодні Радою Безпеки ООН до зведеного санкційного переліку внесено 57 організацій, які визнано терористичними². Такі організації здійснюють свою діяльність, як правило, на території кількох держав, мають розвинуту інфраструктуру, включаючи органи управління, фінансові інструменти, табори підготовки бойовиків тощо. Між терористичними організаціями налагоджується стійка співпраця, здійснюється надання взаємної допомоги шляхом обміну кадрами, досвідом, озброєннями³. Засвоївши такі плоди глобалізації, як розвиток комунікаційних та інформаційних технологій, сучасні терористи блискуче адаптували-

ся до передових принципів самоорганізації, створивши транснаціональні мережеві організації⁴.

За результатами аналізу основних показників тероризму та тенденцій його розвитку прогнозується розширення впливу міжнародних терористичних організацій (далі – МТО) на Україну, їх консолідацію, зміцнення міжнародних зв'язків між структурними ланками за межами країни дислокації, збільшення терористичної активності з використанням можливостей фінансової та кредитно-банківської систем, поширення впливу терористичної ідеології, спрямованої на спонукання схильних до радикалізації осіб до вчинення терористичних актів у своїх країнах⁵. Географія і масштаб діяльності таких організацій засвідчують, що попри зусилля, які вживаються світовою спільнотою, загроза тероризму не зменшується, а, навпаки, неухильно зростає.

Узагалі, світовий досвід показує, що всюди, де існують збройні конфлікти чи йде війна, тероризм стає поширеною повсякденною практикою під час ведення воєнних дій⁶. На цей час найбільшу терористичну загрозу для України становить агресивна політика Російської Федерації, спрямована на дестабілізацію ситуації в державі⁷, яка переросла у повномасштабну збройну агресію проти нашої країни.

¹ Б Леонов, О Богатирьов, Проблеми визнання організацій терористичними (2015) 55 *Науковий вісник НА СБ України* 145.

² Організації та інші групи. Зведений перелік РБ ООН (28.03.2023) <<https://scsanctions.un.org/consolidated-gu/#alqaedaent>> дата звернення 21.05.2023.

³ Б Д Леонов, О А Парфіло, Що до визнання організацій терористичними. *Протидія терористичній діяльності: міжнародний досвід і його актуальність для України*: матер. міжнарод. наук.– практ. конф. (Київ, 30 вересня 2016 р.). (Київ, Нац. акад. прокуратури України, 2016) 205.

⁴ М В Рибачук, Запобігання тероризму органами внутрішніх справ України (авторефер. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. Нац. ун-т імені Тараса Шевченка, 2010) 1.

⁵ Global Terrorism Index 2022 <<https://reliefweb.int/report/world/global-terrorism-index-2022>> accessed 21.05.2023.

⁶ Там само.

⁷ Про Концепцію боротьби з тероризмом в Україні: Указ Президента України від 05.03.2019 № 53/2019 (2019) 5 *Офіційний вісник Президента України* 17.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Теоретичні питання протидії тероризму досліджували такі вчені, як В. Антипенко, Л. Багрій-Шахматов, В. Смелянов, К. Жаринов, Б. Леонов, В. Ліпкан, Д. Никифорчук, І. Рижов та ін. Окремі кримінально-правові та кримінологічні аспекти протидії діяльності терористичних груп та організацій висвітлено у працях В. Глушкова, Ю. Данильченка, В. Крутова, В. Мокляка, О. Семенюка, І. Серкевич, О. Шамари та ін. Деякі дослідники займалися дослідженням питань визнання організацій терористичними (А. Аносенков, О. Богатирьов, Д. Мельник, А. Місюра, О. Парфіло). Водночас, проблемні питання формування реєстру терористичних організацій та впровадження його у практику протидії їх діяльності в Україні в умовах повномасштабної агресії РФ залишаються малодослідженими.

Метою статті є удосконалення законодавчого порядку визнання організації терористичною, визначення проблем формування їх реєстру в контексті заходів протидії організованих терористичній діяльності.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Дії держави-агресора РФ та підконтрольних їй самопроголошених «ДНР» і «ЛНР» (у т.ч. систематичні обстріли цивільних об'єктів та критичної інфраструктури, що спричиняють численні жертви серед цивільного населення, вчинення диверсій, створення перешкод у роботі спостерігачів міжнародних організацій, загроз їх життю і здоров'ю), характеризуються у міжнародній правоохоронній практиці як терористичні¹. «ДНР» і «ЛНР» були визнані терористичними організаціями Постановою Верховної Ради України від

27.01.2015 № 129-ІІІІ². При цьому остання визнала РФ державою-агресором, яка всебічно підтримує тероризм та блокує діяльність Ради Безпеки ООН, чим загрожує міжнародному миру і безпеці.

Зауважимо, що РФ вже визнана Європарламентом та низкою країн у якості держави-спонсора тероризму, однак «ДНР» і «ЛНР» досі не визнані терористичними світовим співтовариством не дивлячись на те, що ці організації широко використовують терористичну тактику організацій, визнаних терористичними на міжнародному рівні («Аль-Каїда», «ІДІЛ», «Джебхат Фатах аш-Шам» тощо).

Враховуючи надзвичайну актуальність питання організації належної протидії функціонуванню на території держави представництв і окремих членів МТО та терористичних організацій, сформованих в Україні, діяльність яких ще не вийшла на міжнародний рівень, на порядку денному вкотре постало питання про формування єдиного реєстру організацій, визнаних терористичними.

Ведення та оприлюднення списків (переліків) організацій, визнаних у встановленому законом порядку терористичними, є не тільки потужним засобом протидії терористичній діяльності, а також важливим інструментом комунікації держави та суспільства, оскільки дозволяє публічно засвідчити зв'язок тієї чи іншої організації з протиправною діяльністю³.

ООН, ЄС та низкою іноземних держав (Великобританія, Канада, США та ін.) формуються відповідні списки осіб, груп, організацій, визнаних терористичними. Внаслідок визнання міжнародними організаціями або окремими країнами певної організації терористич-

¹ Про Концепцію боротьби з тероризмом в Україні: Указ Президента України від 05.03.2019 № 53/2019 (2019) 5 *Офіційний вісник Президента України* Ст. 17.

² Про Звернення Верховної Ради України до ООН, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї НАТО, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державою-агресором: Постанова Верховної Ради України від 27.01.2015 № 129-ІІІІ <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/129-19#Text>> дата звернення 21.05.2023.

³ О О Резнікова, А О Місюра, С В Дрьомов, Актуальні питання протидії тероризму у світі та в Україні: аналіз. доповідь / за заг. ред. О О Резнікової (Київ, НІСД, 2017) 54.

ною щодо її членів, спонсорів та пособників можуть бути введені достатньо суворі санкції.

На жаль, законодавством України наразі не визначено чіткий порядок визнання організації терористичною, заборони її діяльності на території України, що негативно впливає на ефективність протидії тероризму. Вкрай актуальною є й імплементація в національне законодавство положень Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, підписаного Україною 22.10.2015 (ратифіковано Законом України від 20.09.2022 № 2589-IX)¹. У зв'язку з цим важливим є удосконалення законодавчого визначення поняття «терористична організація», встановлення порядку визнання організацій терористичними шляхом внесення необхідних змін до законодавства України у сфері боротьби з тероризмом, зокрема, до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України, Кодексу адміністративного судочинства України, законів України «Про боротьбу з тероризмом», «Про Службу безпеки України»².

У ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом»³ передбачене визначення терористичної організації, з якого випливають наступні ознаки: 1) стійкість; 2) об'єднання трьох і більше осіб; 3) специфічна мета, яка може мати три складові: а) здійснення терористичної діяльності; б) розподіл функцій; в) встановлення певних правил поведінки, обов'язкових для терористів під час підготовки і вчинення терористичних актів.

На думку фахівців, критичні зауваження викликають: 1) згадані у законі правила поведінки, обов'язкові для терористів під час підготовки і вчинення

терористичних актів, оскільки, крім таких актів, існує значна кількість терористичних злочинів; 2) відсутність у законі такої специфічної ознаки терористичної організації, як її ієрархічна структура (мінімальна кількість терористів, з яких може складатися терористична організація (3 особи), фактично нівелює можливу ієрархічність її структури); відсутність положень про те, що терористичними можуть бути організації, які зареєстровані як юридичні особи, так і ті, які вже визнані терористичними на підставі резолюції Ради Безпеки ООН⁴. Отже, для подальшого удосконалення поняття «терористична організація» треба конкретизувати окремі ознаки терористичних організацій та уточнити коло цих формувань.

Спроби розкрити зміст понять «терористична група», «організована терористична група» та «терористична організація» містяться в законопроекті про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом (реєстр. № 7350 від 05.05.2022), яким пропонується викласти в новій редакції ст. 258–3 КК України. Зокрема, відповідно до положень примітки до цієї статті (у редакції проекту) «терористична організація» – стійке ієрархічне об'єднання п'яти і більше осіб, члени або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися з метою безпосереднього здійснення терористичної діяльності, учасниками цієї організації, або керівництва чи координації терористичної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої терористичної організації, так і інших організованих

¹ Про ратифікацію Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму: Закон України від 20.09.2022 № 2589-IX <https://zakononline.com.ua/documents/show/508898__698640> дата звернення 21.05.2023.

² Б Д Леонов, О А Парфило, Що до визнання організацій терористичними. *Протидія терористичній діяльності: міжнародний досвід і його актуальність для України*: матер. міжнарод. наук.–практ. конф. (Київ, 30 вересня 2016 р.). (Київ, Нац. акад. прокуратури України, 2016) 208.

³ Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20.03.2003 № 638-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/638-15#Text>> дата звернення 21.05.2023.

⁴ Б Леонов, О Богатирьов, Проблеми визнання організацій терористичними (2015) 55 *Науковий вісник НА СБ України* 150.

терористичних груп, або організація включена до Реєстру терористичних організацій»¹.

На думку експертів, у наведеному визначенні прослідковується відтворення тих ознак, що є притаманними для злочинної організації (ч. 4 ст. 28 КК України). Натомість звернення до ч. 4 ст. 28 КК України свідчить, що особливістю злочинної організації (вказане поняття вочевидь було взято за взірець для формулювання поняття «терористична організація») є те, що вона може складатися з відповідних структурних частин, бути утвореною як на базі кількох організованих груп, так і на базі кількох груп за попередньою змовою, що не обмежує суб'єктів правозастосування при встановленні того, про забезпечення функціонування яких саме структурних частин йде мова у контексті поняття такої організації (забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших кримінально протиправних груп)².

Звертаємо також увагу, що у запропонованому законопроекті понятті «терористична організація» йдеться про мету здійснення терористичної діяльності, прояви якої, у т. ч. не криміналізовані, передбачені ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом». Мова іде, зокрема, про пропаганду і поширення ідеології тероризму, відповідальність за які кримінальним законом не встановлено, окрім підбурювання до вчинення терористичного акту (ст. 258–2 КК України).

Вважаємо, що імплементація в національне законодавство положень Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму (далі – Протокол) передбачає внесення системних змін та доповнень до Кримінального Кодексу України, які повинні забезпечити близький до оптимального рівень узгодження його змісту з більшістю положень Про-

токолу, що мають кримінально-правовий характер, а також усунути найбільш очевидні вади вказаного Кодексу в частині регламентації відповідальності за різні прояви терористичної діяльності. Основними орієнтирами для таких змін та доповнень є: а) необхідність забезпечення «спеціальної криміналізації» окремих різновидів суспільно небезпечної поведінки, передбаченої ст.ст. 2–5 Протоколу; б) вирішення у Кримінальному кодексі проблем, пов'язаних з термінами «терористичний злочин» (ч. 1 ст. 1 Конвенції), «терористична організація» та «терористична діяльність».

Аналіз цих міжнародних актів дозволяє зробити висновок, що поняття «терористичний злочин» включає в себе: а) широкий спектр серйозних злочинів, перелік яких міститься в універсальних секторальних антитерористичних конвенціях і протоколах до них; б) злочини, пов'язані з терористичною діяльністю (залучення, навчання терористичній діяльності, публічні заклики до терористичної діяльності); в) супутні злочини, сутність яких полягає у сприянні, «обслуговуванні» будь-якого із злочинів, зазначених у п. «а». Це свідчить про концептуальне розширення поняття «терористичний злочин», згадка на яке має міститися у цій Конвенції. Очевидно, що термін «терористичний злочин» поширюється не лише на злочини, передбачені ст.ст. 258–258–5 КК України, а і на цілий ряд інших злочинів, передбачених, зокрема, ст.ст. 112, 147, 194, 266, 278, 349, 443, 444 КК України. Положення цієї Конвенції та Протоколу до неї мають забезпечити «спеціальну криміналізацію» тих різновидів суспільно небезпечної поведінки, які визначаються терміном «терористичний злочин». Отже, бажаним при розкритті змісту поняття «терористична організація» визначити мету

¹ Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом: Законопроект від 05.05.2022 № 7349 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1288601>> дата звернення 21.05.2023.

² Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України від 07.09.2022 № 16/03–2022/149985 на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом» від 05.05.2022 № 7350 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1404104>> дата звернення 21.05.2023.

терористичної діяльності – безпосереднє вчинення терористичних злочинів учасниками цієї організації.

Слід також відзначити, що чинне законодавче визначення терористичної організації сформульоване виключно через призму наявних кримінально-правових підходів та не передбачає можливої наявності / відсутності у такої організаційної структури визначеної законодавством організаційно-правової форми, правового статусу юридичної особи та державної реєстрації в уповноважених органах України чи інших держав¹.

Національним законодавством України не унормовано порядок визнання організації терористичною, заборони її діяльності на території України. Зокрема, чинними законодавчими актами не визначено: 1) перелік підстав для ініціювання процедури про визнання організації терористичною та заборони її діяльності на території нашої країни; 2) юрисдикцію суду, до компетенції якого буде віднесено розгляд справ про визнання організації терористичною та заборони її діяльності на території України; 3) суб'єкт (коло суб'єктів), уповноважений (–их) ініціювати питання про визнання в судовому порядку організації терористичною та заборони її діяльності на території України; 4) особливий порядок кримінального провадження щодо таких організацій. Також законодавством не визначено орган державної влади, до повноважень якого відноситиметься право звернення до суду, підсудність таких справ, можливу доказову базу, процедуру розгляду судами, тощо².

Такий стан справ не забезпечує об'єктивних потреб оперативного ви-

знання терористичними організаціями ані т.зв. «ДНР» / «ЛНР», які з 2014 року здійснюють терористичну діяльність на території України, ані політичних партій, громадських об'єднань та рухів, які мають статус зареєстрованих юридичних осіб та радикалізувалися в процесі здійснення статутної діяльності, ані окремих груп громадян, які здійснюють екстремістську діяльність та умисно не формалізували свій статус в державі³.

Відсутність в законодавстві повноцінного порядку визнання організації терористичною унеможливує застосування й інших положень ст. 24 Закону України «Про боротьбу з тероризмом», які передбачають правові наслідки для організації, визнаної за рішенням суду відповідальною за вчинення терористичного акту (*підлягає ліквідації, а належне їй майно конфіскується*).

Неврегульованість цього питання не дає змоги реалізовувати окремі положення законодавства з протидії фінансуванню тероризму, виявлення, арешту та вилучення активів організацій та осіб, пов'язаних із провадженням терористичної діяльності⁴.

Крім цього, відсутність такого порядку значно ускладнює процедуру притягнення осіб до відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ст. 258–3 КК України, негативно позначається на практиці застосування санкцій до осіб, які сприяють злочинній діяльності терористичних груп та організацій⁵.

Таким чином, давно назрілою є потреба належного унормування порядку визнання організацій терористичними та формування відповідного реєстру, що

¹ Д С Мельник, Щодо запровадження в Україні реєстру терористичних організацій та необхідності удосконалення порядку їх визнання. *Актуальні проблеми протидії злочинності та корупції*: матеріали Всеукраїнської наук.– практ. конф. (м. Харків, 17 лютого 2023 року) (Харків, 2023) 118.

² О Д Маркєєва, Б Л Розвадовський, Б Д Леонов, Загальнодержавна система боротьби з тероризмом: проблеми та перспективи: аналіт. доп. (Київ, НІСД, 2022) 84.

³ Д С Мельник, Щодо запровадження в Україні реєстру терористичних організацій та необхідності удосконалення порядку їх визнання. *Актуальні проблеми протидії злочинності та корупції*: матеріали Всеукраїнської наук.– практ. Конф. (м. Харків, 17 лютого 2023 року) (Харків, 2023) 117.

⁴ О О Резнікова, А О Місюра, С В Дрьомов, Актуальні питання протидії тероризму у світі та в Україні: аналіт. доповідь / за заг. ред. О О Резнікової (Київ, НІСД, 2017) 54.

⁵ Там само, 51.

забезпечуватиме належні умови для прогидії їх діяльності в Україні.

Необхідність підготовки законопроєкту щодо порядку визнання організацій терористичними та правових наслідків такого визнання була визначена п. 1 рішення РНБО України від 29.12.2020 «Про результати проведення огляду загальнодержавної системи боротьби з тероризмом» (уведено в дію Указом Президента України від 29.12.2020 № 598)¹. Розробку законопроєкту щодо порядку визнання організацій терористичними, встановлення переліку обмежень, які застосовуються до таких організацій, механізму їх оскарження та виключення організацій з відповідного переліку передбачено Планом заходів з реалізації Концепції боротьби з тероризмом в Україні, затвердженим розпорядженням Кабінету Міністрів України від 05.01.2021 № 7-р.

23.03.2023 за результатами розгляду в другому читанні проєкту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, а також до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом» (реєстр. № 8146) цей акт прийнято в цілому як Закон № 2997-IX (далі – Закон № 2997-IX)², текст якого підписано Головою Верховною Радою України та Президентом України.

Закон № 2997-IX спрямований на удосконалення існуючої системи боротьби з тероризмом, зокрема в частині запровадження додаткових механізмів запобігання, виявлення, припинення терористичної діяльності, уточнення переліку суб'єктів боротьби з тероризмом, коригування повноважень безпосередніх

суб'єктів боротьби з тероризмом, посилення міжнародного співробітництва з питань прогидії тероризму, встановлення кримінальної відповідальності за проходження навчання тероризму (ст. 258–4 КК України), перетинання державного кордону України з цією метою (ст. 258–6 КК України), а також за фінансування таких діянь (ст. 258–5 КК України). Однак закон № 2997-IX не передбачив ані удосконалення визначення поняття терористичної організації, ані порядку визнання організацій (груп) терористичними.

Законом № 2997-IX передбачено внесення низки змін до ч. 1 ст. 7 Закону України «Про боротьбу з тероризмом», згідно з якими визначаються повноваження СБУ з формування та ведення переліку терористичних організацій і груп (далі – Перелік), а також підстави внесення таких об'єднань до нього: 1) відомості, які сформовані міжнародними організаціями, членом яких є Україна; 2) встановлення факту існування терористичних організацій, груп або зв'язку з терористичними організаціями, групами чи терористами: а) за рішеннями компетентних органів іноземних держав, або вироками (рішеннями) вітчизняних та іноземних судів, які визнаються Україною відповідно до міжнародних договорів України; б) вироками (рішеннями) судів про застосування заходів кримінально-правового характеру до юридичної особи, зареєстрованої в Україні у встановленому порядку, за вчинення уповноваженою особою від її імені кримінального правопорушення, передбаченого ст.ст. 258–258-6 КК України; в) вироками (рішеннями) судів про визнання винною особи у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст.ст. 258–258-6 КК України, у разі встановлення причетності такої

¹ Про результати проведення огляду загальнодержавної системи боротьби з тероризмом: рішення РНБО України від 29.12.2020: уведено в дію Указом Президента України від 29.12.2020 № 598 <<https://www.president.gov.ua/documents/5982020-36185>> дата звернення 21.05.2023.

² Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, а також до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом: Закон України від 21.03.2023 № 2997-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2997-20#Text>> дата звернення 21.05.2023.

особи до терористичної організації, групи¹.

Відповідно до Закону № 2997-IX ведення такого Переліку забезпечуватиме АТЦ при СБУ (далі – АТЦ). Для його формування МЗС України забезпечуватиме надсилання до АТЦ відомостей, сформованих міжнародними організаціями, членом яких є Україна, про визнання організації, групи терористичною або пов'язаною з терористичними організаціями, групами або терористами, а також відповідних рішень (*вироків*) судів та інших компетентних органів іноземних держав про це відповідно до міжнародних договорів України. Державна судова адміністрація України забезпечуватиме надсилання до АТЦ електронної копії рішення суду, яке набрало законної сили, у якому наявні відомості щодо організації, групи, визнаної у рішенні суду терористичною. Використовуючи відомості, внесені до зазначеного Переліку, СБУ повідомлятиме іноземні держави про переміщення за кордон осіб, причетних до відповідних терористичних організацій та груп².

При цьому, в п. 3 розд. II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону № 2997-IX передбачається, що такий Перелік буде вестися відповідно до перехідного порядку, який діятиме до введення в дію окремого законодавчого акта щодо порядку формування переліку терористичних організацій і груп.

Однак сьогодні різні суб'єкти боротьби з тероризмом ведуть власні реєстри (бази даних) терористів та терористичних організацій, які не пов'язані й часто не узгоджуються між собою: ДСФМ – перелік осіб, пов'язаних з провадженням

терористичної діяльності або стосовно яких застосовано міжнародні санкції (*наказ ДСФМ від 07.10.2010 р. № 183*); СБУ, СЗР, МВС, НПУ, ДПСУ, УДО – відомчі бази даних стосовно терористичних організацій, груп та окремих терористів, порядок ведення яких визначений відомчими нормативно-правовими актами з обмеженим доступом.

Таким чином після набуття чинності цим Законом в Україні діятиме два подібних переліки: перелік терористичних організацій і груп, ведення якого доручається АТЦ при СБУ, а також перелік осіб, пов'язаних з провадженням терористичної діяльності або стосовно яких застосовано міжнародні санкції, який формується ДСФМ України. Доцільність одночасного існування в державі двох переліків, які по суті повторюватимуть відомості один одного щодо терористичних організацій і груп, проте вестимуться різними державними органами, на думку експертів, є сумнівною з огляду на необхідність раціонального використання суспільних ресурсів³ в умовах введеного в Україні воєнного стану. На жаль, прийнятий Закон не передбачив заходів щодо їх уніфікації в рамках єдиного державного реєстру.

Також, на переконання експертів, сумнівною вбачається необхідність передбаченого Законом видання окремого законодавчого акта щодо порядку формування переліку терористичних організацій і груп. Адже сам Закон як нормативно-правовий акт вищої юридичної сили повинен регулювати найбільш важливі суспільні відносини. Натомість в законодавчому акті, що регулює діяльність СБУ, варто встановити лише загальні за-

¹ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, а також до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом: Закон України від 21.03.2023 № 2997-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2997-20#Text>> дата звернення 21.05.2023.

² Там само.

³ Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України від 12.11.2022 № 16/03-2022/192486 на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, а також до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом» від 21.10.2022 № 8146 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1542308>> дата звернення 21.05.2023.

сади щодо ведення переліку терористичних організацій і груп, детальне регулювання порядку ведення якого доцільно здійснити на підзаконному рівні¹.

До вад Закону № 2997-IX можна віднести й те, що він не конкретизує механізм (*процедуру*) визнання організації терористичною в судовому порядку, у зв'язку з чим не повністю вирішує завдання, визначене п. 1 рішення РНБО України від 29.12.2020 «Про результати проведення огляду загальнодержавної системи боротьби з тероризмом», уведеного в дію Указом Президента України від 29.12.2020 № 598.

Таким чином, аналіз нещодавно внесених змін до норм чинного законодавства України в галузі боротьби з тероризмом засвідчив потребу їх подальшого удосконалення в частині унормування поняття «терористична організація», визначення чітких критеріїв для визнання організацій (*груп*) терористичними, унормування порядку їх визнання та встановлення щодо них законодавчих обмежень, а також формування єдиного загальнодержавного реєстру таких організацій (*груп*), порядку його ведення й використання. До речі, створення такого реєстру було передбачено низкою законопроектів (*зокрема, законопроекти № 7349 від 05.05.2022, № 2139 від 13.02.2015*).

З метою належного унормування порядку визнання організацій терористичними та встановлення щодо них законодавчих обмежень для забезпечення ефективної протидії вважаємо за доцільне вжити наступних заходів:

1) внести зміни до ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом»:

а) щодо визначення поняття «терористична організація» під якою пропонується розуміти стійке ієрархічне об'єднання п'яти і більше осіб, члени або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для терористичної діяльності з метою безпо-

середнього вчинення терористичних злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації терористичної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої терористичної організації, так і інших терористичних груп, або організація включена до Реєстру терористичних організацій;

б) щодо встановлення чітких критеріїв віднесення організацій до терористичних, зміст яких має визначати наступні ознаки: 1) організацію, визнану терористичною у порядку кримінального судочинства; 2) організацію, яка є юридичною особою, до якої у встановленому порядку застосовано заходи кримінально-правового характеру за вчинення уповноваженою особою від її імені будь-якого із злочинів, передбачених ст.ст. 258–258–5 КК України; 3) організацію, визнану такою на підставі судового рішення України, прийнятого відповідно до резолюції РБ ООН про визнання її терористичною².

2) передбачити в Законі України «Про боротьбу з тероризмом» загальний порядок визнання зареєстрованих вітчизняних та іноземних організацій терористичними за рішенням суду (за підсудністю, встановленою КАС України), прийнятим за позовом СБУ за наявності визначених законом критеріїв та підстав (*відомостей міжнародних організацій, вироків або рішень судів*) шляхом викладення у новій редакції ст. 24–1 «Визнання організації терористичною». Процедурні моменти слід детально унормувати у КАС України, доповнивши його відповідною ст. 183–5 «Особливості провадження у справах про визнання організації терористичною», одночасно забезпечивши, як це вимагає п. 8 ч. 2 ст. 129 Конституції України, право на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення;

3) внести зміни до КПК України в частині унормування особливостей розгля-

¹ Там само.

² Б Леонов, О Богатирьов, Проблеми визнання організацій терористичними (2015) 55 *Науковий вісник НА СБ України* 147.

ду судами матеріалів кримінальних проваджень щодо терористичних злочинів, в ході яких уповноваженими суб'єктами може бути ініційований розгляд питання про визнання організацій терористичними та прийняття відповідного судового рішення. Такому рішенню суду має передувати визнання залучених до їх діяльності осіб (*особи*) винними (*–ою*) у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 258–258–5 КК України та інших злочинів терористичного характеру (ст. 109, 110, 112, 147, 194, 260, 265–266, 278, 279, 292, 349, 349–1, 439, 440, 443, 444 КК України), за результатами розгляду судами матеріалів кримінальних проваджень, якщо буде встановлено її (*їх*) участь / причетність до діяльності організації, яка підпадає під уточнене визначення терористичної організації (ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом»). При цьому у порядку кримінального судочинства організація має визнаватися терористичною незалежно від наявності / відсутності в неї передбаченої законодавством організаційно-правової форми, статусу юридичної особи, її реєстрації уповноваженими органами України чи інших держав;

4) формування єдиного загальнодержавного реєстру таких організацій (*груп*), порядку його ведення й використання. Такий реєстр має формуватися на підставі: а) рішень українських судів про включення фізичних осіб, юридичних осіб та організацій, які відповідають критеріям, визначеним резолюціями РБ ООН, до зазначеного переліку; б) відомостей, що формуються міжнародними організаціями або уповноваженими ними органами, про організації, юридичних та фізичних осіб, які пов'язані з терористичними організаціями або терористами, а також про осіб, стосовно яких застосовано міжнародні санкції;

в) рішень компетентних органів іноземних держав, або вироками (рішеннями) вітчизняних та іноземних судів, які визнаються Україною відповідно до міжнародних договорів України¹;

5) з урахуванням нещодавніх змін в українському законодавстві потребують уточнення і доповнення передбачені ст. 24 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» правові наслідки визнання організацій терористичними (заборона діяльності в Україні, ліквідація та конфіскація їх активів).

6) бажано у примітці до ст. 258 КК України дати нормативне визначення понять «терористична діяльність», «терористичний злочин», а у примітці до ст. 258–3 КК України – визначення понять «терористична організація» та «терористична група».

При цьому, з огляду на прояви збройної агресії РФ проти України потребує вирішення питання й про визнання терористичними організаціями приватних військових компаній та окремих військових частин (*підрозділів*) країни-агресора, які здійснювали під час збройної агресії терористичну діяльність або використовували терористичні методи щодо мирного населення на окремих територіях України².

Висновки. Терористичні організації наразі є ключовим чинником, що сприяє поширенню терористичної діяльності в світі. В умовах повномасштабної збройної агресії РФ проти України наша країна входить до зони поширення й ескалації проявів тероризму. Результати дослідження норм вітчизняного законодавства свідчать про недостатність наявного нормативно-правового регулювання порядку як визнання організацій терористичними, так і формування реєстру таких організацій, що не дозволяє вживати ефективних заходів реагуван-

¹ О О Резнікова, А О Місюра, С В Дрьомов, Актуальні питання протидії тероризму у світі та в Україні: аналіз доповідь / за заг. ред. О О Резнікової (Київ, НІСД, 2017) 86.

² Звернення Верховної Ради України до Парламентської асамблеї Організації з безпеки та співробітництва в Європі (ПА ОБСЄ) та парламентів її держав-учасниць щодо неприпустимості участі членів парламенту російської федерації в роботі статутних органів Асамблеї: Постанова Верховної Ради України від 06.02.2023 № 2904-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2901–20#Text>> дата звернення 21.05.2023.

ня на протиправну діяльність, зокрема МТО. Саме тому потребує посилення протидія організованої терористичній діяльності в Україні, в основу якої має бути покладено визначення порядку визнання організацій терористичними, формування ведення й використання єдиного загальнодержавного реєстру таких організацій. Використання відомостей з вказаного реєстру сприятиме підвищенню

ефективності правозастосовної діяльності правоохоронних, судових та інших державних органів, задіяних у протидії тероризму, сепаратизму та інших форм екстремізму. Запропоновані у статті зміни до законодавства у сфері боротьби з тероризмом дозволять виконати Україні її міжнародно-правові зобов'язання та підвищити ефективність боротьби з тероризмом.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Pro borot'bu z terorizmom: Zakon Ukraini vid 20.03.2003 № 638-IV. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/638-15#Text>> data zvernennia 21.05.2023. [in Ukrainian].
2. Pro vnesennja zmin do Kriminal'nogo kodeksu Ukraini ta Kriminal'nogo procesual'nogo kodeksu Ukraini shhodo vdoskonalennja borot'bi z terorizmom: zakonoproekt vid 05.05.2022 № 7349 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1288601>> data zvernennia 21.05.2023. [in Ukrainian].
3. Pro vnesennja zmin do Kriminal'nogo kodeksu Ukraini ta Kriminal'nogo procesual'nogo kodeksu Ukraini shhodo vdoskonalennja borot'bi z terorizmom. Visnovok Golovnogogo naukovogo-ekspertnogogo upravlinnja Aparatu Verhovnoi Radi Ukraini vid 07.09.2022 № 16/03-2022/149985 na proekt Zakonu Ukraini vid 05.05.2022 № 7350 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1404104>> data zvernennia 21.05.2023. [in Ukrainian].
4. Pro vnesennja zmin do Kriminal'nogo ta Kriminal'nogo procesual'nogo kodeksiv Ukraini u zv'jazku z ratifikacieju Dodatkovogo protokolu do Konvencii Radi Evropi pro zapobigannja terorizmu, a takozh do dejakih zakonodavchih aktiv Ukraini shhodo vdoskonalennja borot'bi z terorizmom. Visnovok Golovnogogo naukovogo-ekspertnogogo upravlinnja Aparatu Verhovnoi Radi Ukraini vid 12.11.2022 № 16/03-2022/192486 na proekt Zakonu Ukraini vid 21.10.2022 № 8146 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1542308>> data zvernennia 21.05.2023 [in Ukrainian].
5. Pro vnesennja zmin do Kriminal'nogo ta Kriminal'nogo procesual'nogo kodeksiv Ukraini u zv'jazku z ratifikacieju Dodatkovogo protokolu do Konvencii Radi Evropi pro zapobigannja terorizmu, a takozh do dejakih zakonodavchih aktiv Ukraini shhodo vdoskonalennja borot'bi z terorizmom: Zakon Ukraini vid 21.03.2023 № 2997-IH <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2997-20#Text>> data zvernennia 21.05.2023 [in Ukrainian].
6. Pro Zvernennja Verhovnoi Radi Ukraini do OON, Evropejs'kogo Parlamentu, Parlaments'koï Asambleï Radi Evropi, Parlaments'koï Asambleï NATO, Parlaments'koï Asambleï OBSC, Parlaments'koï Asambleï GUAM, nacional'nih parlamentiv derzhav svitu pro viznannja Rosijs'koï Federacii derzhavoju-agresorom»: Postanova Verhovnoi Radi Ukraini vid 27.01.2015 № 129-IIIIV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/129-19#Text>> data zvernennia 21.05.2023 [in Ukrainian].
7. Pro Zvernennja Verhovnoi Radi Ukraini do Parlaments'koï asambleï Organizacii z bezpeki ta spivrobotnictva v Evropi (PA OBSE) ta parlamentiv ii derzhav-uchasnic' shhodo nepripustimosti uchasti chleniv parlamentu rosijs'koï federacii v roboti statutnih organiv Asamblei: zatverdzhene Postanovoju Verhovnoi Radi Ukraini vid 06.02.2023 № 2904-IH <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2901-20#Text>> data zvernennia 21.05.2023 [in Ukrainian].
8. Pro Koncepciju borot'bi z terorizmom v Ukraini: Ukaz Prezidenta Ukraini vid 05.03.2019. № 53/2019 (2019) 5 *Oficijnij visnik Prezidenta Ukraini* St. 17
9. Pro ratifikaciju Dodatkovogo protokolu do Konvencii Radi Evropi pro zapobigannja terorizmu: Zakon Ukraini vid 20.09.2022. № 2589-IX. https://zakononline.com.ua/documents/show/508898__698640 data zvernennia 21.05.2023 [in Ukrainian].
10. Pro rezul'tati provedennja ogljadu zagal'noderzhavnoi sistemi borot'bi z terorizmom: rishennja RNBO Ukraini vid 29.12.2020, uvedene v diju Ukazom Prezidenta Ukraini vid 29.12.2020 № 598 <<https://www.president.gov.ua/documents/5982020-36185>> data zvernennia 21.05.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

JOURNAL ARTICLES

11. Leonov B, Bogatir'ov O, Problemi viznannja organizacij teroristichnimi (2015) 55 *Naukovij visnik NA SB Ukraïni* 145–148 [in Ukrainian].

DISSERTATIONS

12. Ribachuk M, Zapobigannja terorizmu organami vnutrishnih sprav Ukraini (avtorefer. dis. ... kand. jurid. nauk: spets: 12.00.08. Nac. un-t imeni Tarasa Shevchenka. 2010) 19 [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

13. Reznikova O, Misjura A, Dr'omov S, Aktual'ni pitannja protidii terorizmu u sviti ta v Ukraini: analit. dopovid' / za zag. red. O.O. Reznikovoï (Kiïv, NISD, 2017) 102 [in Ukrainian].

14. Markeeva O, Rozvadovs'kij B, Leonov B, Zagal'noderzhavna sistema borot'bi z terorizmom: problemi ta perspektivi: analit. dop. (Kiïv, NISD, 2022) 88 [in Ukrainian].

15. Leonov B, Parfilo O, Shhodo viznannja organizacij teroristichnimi. *Protidija teroristichnij dijaj'nosti: mizhnarodnij dosvid i jogo aktual'nist' dlja Ukraïni*: zbir. mater. mizhnarod. nauk.– prakt. konf. (Kiïv, 30.09.2016) (Kiïv, Nac. akad. prokuraturi Ukraïni, 2016) 205–208 [in Ukrainian].

16. Mel'nik D, Shhodo zaprovadzhennja v Ukraini reestru teroristichnih organizacij ta neobhidnosti udoskonalennja porjadku ih viznannja. *Aktual'ni problemi protidii zlochinnosti ta korupcii: zbirnik tez Vseukraïns'koï naukovopraktichnoï konferencii* (Harkiv, 17.02.2023) (Harkiv, Jurajt, 2023) 116–120 [in Ukrainian].

WEBSITES

17. Global Terrorism Index 2022 <<https://reliefweb.int/report/world/global-terrorism-index-2022>> data zvernennia 21.05.2023 [in English].

18. Organizacii ta inshi grupi. Zvedenij perelik RB OON (28.03.2023) <<https://scsanctions.un.org/consolidated-ru/#alqaedaent>> data zvernennia 21.05.2023 [in English].

Melnyk D. S.,

*Ph.D. in law, Associate professor,
Leading researcher
of Scientifically-organizational center
National Academy of the Security Service
of Ukraine.*

ORCID ID: 0000-0002-1497-950X

Leonov B. D.,

*Doctor of Law, Professor,
Leading Researcher of Interdepartmental
research center,
National Security and Defence Council
of Ukraine*

ORCID ID: 0000-0002-2488-7377

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/151-163>

CURRENT ISSUES OF IMPROVING THE PROCEDURE FOR THE RECOGNITION OF TERRORIST ORGANIZATIONS AND THE FORMATION OF THEIR REGISTRY

Abstract. *The article is devoted to topical issues of improving the procedure for recognizing organizations as terrorist and forming their register.*

It is noted that the expansion of the influence of terrorist organizations, the increase of their terrorist activity, the spread of the influence of terrorist ideology, requires the improvement of the

legislative procedure for recognizing them as terrorists, the formation of a single list of such organizations

The purpose of the article is to improve the legal procedure for recognizing an organization as a terrorist, to clarify the problems of forming their register in the context of countermeasures against organized terrorist activity.

The article reveals the threats and risks associated with the activities of terrorist organizations, substantiates the importance of the procedures for recognizing them as terrorist and keeping a list of such organizations for improving the practice of combating terrorism. It is noted that the maintenance and publication of lists (lists) of organizations recognized as terrorist in accordance with the procedure established by law is not only a powerful means of countering terrorist activities, but also an important tool for communication between the state and society, as it allows to publicly certify the connection of one or another organization with illegal activity. The inadequacy of the regulatory and legal regulation of the specified procedures in Ukraine has been clarified, which complicates the implementation of effective measures to respond to the illegal activities of terrorist organizations. The provisions of the recently adopted Law of Ukraine «On Amendments to the Criminal and Criminal Procedural Codes of Ukraine in connection with the ratification of the Additional Protocol to the Convention of the Council of Europe on the Prevention of Terrorism, as well as to some legislative acts of Ukraine on improving the fight against terrorism» are analyzed, its shortcomings are highlighted, in connection with which the need for its further improvement was determined.

The conclusions suggest a set of measures to improve anti-terrorist activities. The need to increase the effectiveness of combating organized terrorist activity in Ukraine is substantiated, primarily by improving the legislation in the field of combating terrorism and the practice of its application, which, according to the authors, will allow Ukraine to fulfill its international legal obligations in this area.

Keywords: *terrorism, terrorist organizations, legislation, order of confession, register, counter-action.*

Шлапаченко В. М.,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник,
провідний науковий співробітник
Національної академії
Служби безпеки України
ORCID ID: 0009-0004-8453-9384

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/164-172>

УДК 343.237

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ПОСОБНИЦТВА ДЕРЖАВІ-АГРЕСОРУ (СТ. 111-2 КК УКРАЇНИ)

Анотація. У статті розглядаються проблемні питання, що виникли в результаті доповнення КК України ст. 111–2, досліджуються шляхи усунення виявлених недоліків.

Не визнаючи криміналізовані у ст. 111–2 КК діяння ані зрадою ані колабораційною діяльністю, а утворюючи нове поняття, – «пособництво державі-агресору», і не пропонуючи при цьому розмежувальних ознак, законодавець додатково ускладнює кваліфікацію форм співпраці з агресором та посилює невизначеність у її без того не бездоганному понятійному апараті злочинів проти основ національної безпеки України.

Аналіз диспозиції ст. 111–2 та існуючих до її прийняття норм КК України свідчить про те, що наявні склади кримінальних правопорушень вже містили підстави притягнення винуватої особи до кримінальної відповідальності за різноманітні форми співпраці (допомоги, пособництва) з представниками держави-агресора, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, в тому числі окупаційною адміністрацією держави-агресора, а відтак необхідності у її прийнятті взагалі не було.

Ситуація, що склалася, не сприяє чіткості кримінально-правової оцінки дій осіб, що надають допомогу (сприяють) державі-агресору, гальмує досудове розслідування, а крім того, з урахуванням утворених нормативним «люфтом» корупційних ризиків, відкриває широкі можливості для довільної кваліфікації одних і тих самих дій підозрюваних в межах від кримінального проступку до особливо тяжкого злочину.

Виходячи з викладеного, а також з урахуванням практичної тотожності понять «колабораційна діяльність» та «пособництво державі-агресору» підтримуємо пропозицію виключити ст. 111–2 з КК України, оскільки вона передбачає колабораційну діяльність в її окремих формах, які вже визначені у ст. 111–1 КК України, а окремі її положення включити до тексту ст. 111–1 КК України з відповідною диференціацією покарання.

Ключові слова: пособництво, держава-агресор, колабораційна діяльність, державна зрада.

Постановка проблеми. Повномасштабне вторгнення російських військ в Україну істотно актуалізувало питання ефективності кримінально-правової протидії ймовірним формам співпраці з держа-

вою-агресором (її окупаційними адміністраціями, спецслужбами та збройними формуваннями), що сприяло суттєвому поживленню законодавчого процесу.

Протягом березня-квітня 2022 року законодавцем було прийнято деякі до-

повнення до існуючих та низку нових норм Кримінального кодексу України (далі – ККУ), спрямованих на криміналізацію нових форм співпраці (пособництва, допомоги) ворогу.

Так, зокрема, 3 березня 2022 року розділ I Особливої частини ККУ («Злочини проти основ національної безпеки»), було доповнено статтею 111–1 «Колабораційна діяльність»¹, а до ст. 111 ККУ «Державна зрада» було внесено зміни (доповнено новою ч. 2), що передбачають її вчинені в умовах воєнного стану². Проте, на думку законодавців, цього було недостатньо для охоплення всього спектру співпраці з державою-агресором, а відтак вже 14 квітня 2022 року КК України було доповнено ст. 111–2 «Пособництво державі-агресору»³.

Застосований законодавцем підхід до удосконалення кримінальної відповідальності за співпрацю з ворогом передбачав доповнення КК України новими нормами, а не доповнення чи зміни диспозиції існуючих норм, що свідчить про те, що він розглядає криміналізовані діяння не конкретизованими формами вже існуючих складів кримінальних правопорушень, а суспільно-небезпечними діями, які раніше не передбачали кримінальної відповідальності.

Відтак логічно, що запровадження ст. 111–2 ККУ не потягнуло за собою змін чи доповнень до вже криміналізованих на той час форм пособництва (співпраці, допомоги) ворогу, не зумовило перегляд чи конкретизацію застосованих у їх диспозиції термінів та понять, диференціюванню передбаченої за їх вчинення відповідальності.

Це призвело до суттєвого уподібнення, а іноді й прямого дублювання ознак

об'єктивної сторони ст. 111–2 ККУ з іншими його нормами, утруднення їх чіткого розмежування, а отже спричинило штучну конкуренцію та темпоральну колізію норм, порушення принципів юридичної визначеності і пропорційності покарання, остаточно заплутало й без того не бездоганний понятійний апарат розділу I КК України.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Аналіз нечисленних публікацій з цього приводу свідчить про неоднозначне, а здебільшого, – досить критичне сприйняття науковцями запровадженої новели, що зумовлює актуальність дослідження наслідків її запровадження та шляхів подальшого удосконалення кримінальної відповідальності за співпрацю з державою-агресором.

Метою статті є визначення основних недоліків диспозиції ст. 111–2 КК України та шляхів їх усунення.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Чотирнадцятого квітня 2022 р. КК України було доповнено статтею 111–2 «Пособництво державі-агресору» такого змісту:

1. Умисні дії, спрямовані на допомогу державі-агресору (пособництво), збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора, вчинені громадянином України, іноземцем чи особою без громадянства, за винятком громадян держави-агресора, з метою завдання шкоди Україні шляхом: реалізації чи підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора; добровільного збору, підготовки та/або передачі матеріальних ресурсів чи інших активів представникам

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність: Закон України від 03.03.2022 № 2108-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#Text>> дата звернення 25.05.2023.

² Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України в умовах дії режиму воєнного стану: Закон України від 03.03.2022 № 2113-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2113-IX#Text>> дата звернення 25.05.2023.

³ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки: Закон України від 14.04.2022 № 2198-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198-20#Text>> дата звернення 25.05.2023.

держави-агресора, її збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора -

караються позбавленням волі на строк від десяти до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років та з конфіскацією майна або без такої.

В пояснювальній записці до проекту відповідного закону зазначалося, що в умовах триваючої збройної агресії та ведення бойових дій «ряд громадян України здійснюють допомогу (пособництво) РФ у здійсненні агресивних дій, розгортанні збройного конфлікту проти України, включаючи різні форми підтримки збройних формувань та окупаційних адміністрацій держави-агресора та інші дії, які мають бути кваліфіковані як пособництво держави-агресору». А метою законопроекту визначалось «встановлення справедливого покарання для осіб, які здійснюють пособництво з державою-агресором, а також обмеження доступу таких осіб до посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування»¹.

Ймовірно, що саме відсутність законодавчого визначення (а отже і чіткого розуміння) таких базових понять як «підривна діяльність», «надання допомоги», «ворог», «перехід на бік ворога» тощо і зумовила застосування законодавцем нових понять для визначення співпраці з ворогом – «колабораційна діяльність», «держава-агресор», «пособництво» тощо, без урахування їх співвідношення між собою та з вже існуючими в КК України поняттями як синонімів або складових.

Аналіз самої назви Закону України, яким КК України було доповнено

ст. 111–2 («Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за *колабораційну діяльність* та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки») свідчить про те, що законодавець розглядає криміналізацію «пособництва держави-агресору» як удосконалення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність (як її частину), оскільки жодних новел до ст. 111–1 КК («Колабораційна діяльність») цим законом не запроваджується, проте криміналізує ці дії чомусь не у ст. 111–1 КК, а в окремій нормі, застосовуючи й нову назву правопорушення – «пособництво».

Семантичний аналіз співвідношення цих термінів свідчить про їх суттєву смислову подібність. Так, у загальному сенсі під колабораційною діяльністю (від франц. *collaboration* – співпраця) розуміється усвідомлене, добровільне та зумисне співробітництво з ворогом у його інтересах і на шкоду своїй державі та її союзникам², а пособництво словники української мови визначають як сприяння, допомогу (перев. у підступних, злочинних діях тощо)³ [9]. До того ж, визначення у ст. 111–2 КК пособництва як «дій, спрямованих на допомогу держави-агресору» по суті є окремим випадком «надання допомоги іноземній державі в проведенні підривної діяльності проти України», передбаченій у ч. 1 ст. 111 КК.

Водночас, «пособництво» є спеціальним терміном, вживаним у КК та кримінальній юстиції для позначення різновиду співучасника в злочині. Так, відповідно до положень ч. 5 ст. 27 КК пособником визнається особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи

¹ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки: Пояснювальна записка до проекту Закону України від 14.04.2022 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1247318>> дата звернення 25.05.2023.

² Колабораціонізм. Енциклопедія сучасної України <https://esu.com.ua/search_articles?id=4446> дата звернення 25.05.2023.

³ Пособництво. Академічний тлумачний словник (1970–1980) <<http://sum.in.ua/s/posobnyctvo>> дата звернення 25.05.2023.

знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками, а також особа, яка заздалегідь обіцяла переховати особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби вчинення кримінального правопорушення, сліди кримінального правопорушення чи предмети, здобуті кримінально протиправним шляхом, придбати чи збути такі предмети або іншим чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення.

В теорії кримінального права визначають фізичне та інтелектуальне пособництво. Фізичне пособництво, до прикладу, передбачає надання іншому співучаснику засобів або знарядь вчинення злочину (наприклад, підроблених документів, зброї, транспорту для втечі тощо), усунення перешкод для вчинення злочину (залишення приміщення незачиненим, вимкнення сигналізації, відволікання охоронців тощо).

Інтелектуальне пособництво виражається у наданні порад, вказівок для вчинення кримінального правопорушення (зокрема, має місце у випадку, коли особа володіє спеціальними знаннями у певній сфері і свідомо ними ділиться для реалізації злочинного умислу), заздалегідь обіцяне переховуванням правопорушників чи їх знарядь тощо.

Як слушно зазначають О. Кравчук і М. Бондаренко пособник – це особа, яка самостійно кримінальне правопорушення не вчиняє, а лише своїми діями чи бездіяльністю сприяє його вчиненню виконавцем, відтак, на підставі положень ч. 2 ст. 29 ККУ кваліфікація дій пособника відбувається за ч. 5 ст. 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини КК, яка передбачає кримінальне правопорушення, вчинене виконавцем. Застосування законодавцем у статті 111–2 ККУ терміну «пособництво» створило прецедент ототожнення пособника із виконавцем в одній особі¹.

За таких обставин виникає певний парадокс співучасті, коли особа, яка сприяла суб'єкту правопорушення, передбаченого ст. 111–2 КК у його вчиненні, є фактично пособником пособника. Зауважимо, що окрема криміналізація пособництва у вчиненні конкретних правопорушень була притаманна КК України і раніше (наприклад ч. 1 ст. 111, ч. 1 ст. 255–2, ст. 256, ст. 258–4, ч. 1 ст. 332 тощо), проте донедавна жодна стаття КК України не передбачала відповідальність за пособництво у вчиненні правопорушення у безпосередній його інтерпретації. Відтак, не зовсім зрозуміло, чи поширюються на пособника, як суб'єкта ст. 111–2 ККУ, положення ст. ч. 2 ст. 31 ККУ про відсутність кримінальної відповідальності пособника (як співучасника кримінального правопорушення) при добровільній відмові від вчинення правопорушення.

Запровадження ст. 111–2 ККУ створює також штучну конкуренцію з ч. 1 (2) ст. 111 ККУ, де у третій формі державної зради також криміналізовано, по суті, пособницькі дії. Очевидно, що в умовах воєнного стану державна зрада у формі надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України іноземній державі (її організаціям), яка виступає агресором (ворогом), автоматично переходить у її іншу форму – перехід на бік ворога (держави-агресора). Відтак, ця форма, поза сумнівом, включає в себе всі різновиди підривної діяльності на користь агресора та всі можливі форми (їх складові) співпраці (пособництва, допомоги) з агресором, окрім тих, які на сьогодні конкретизовані і віднесені законодавцем до колабораційної діяльності (ст. 111–1 ККУ). Проте, не визнаючи криміналізовані у ст. 111–2 КК діяння ані зрадою ані колабораційною діяльністю, а утворюючи нове поняття, – «пособництво держави-агресору», і не пропонуючи при цьому розмежувальних ознак (ба навіть традиційної ремарки: – «за

¹ Кравчук О., Бондаренко М. Пособництво державі агресору: нові склади злочинів за ст. 111–2 Кримінального кодексу України <<https://hrvector.org/podiyi/22-05-03-art3>> дата звернення 25.05.2023.

відсутності ознак державної зради)), законодавець додатково ускладнює кваліфікацію форм співпраці з агресором та посилює невизначеність у й без того не бездоганному понятійному апараті злочинів проти основ національної безпеки України.

За логікою речей удосконалення кримінальної відповідальності за співпрацю з іноземною державою (в т. ч. агресором) мало б відповідати одній з двох концепцій: або конкретизація складових «підривної діяльності» та «переходу на бік ворога» в рамках державної зради, або ж конкретизація цих форм як виокремлених самостійних складів кримінальних правопорушень (наприклад, колабораційної діяльності), з їх нормативно-правовим визначенням та виключенням цих двох форм з державної зради, а можливо і самої статті «Державна зрада» з КК України, як семантично і ідеологічно сумнівного поняття (суб'єкт шпигунства (ст. 114 КК) при цьому стає загальним).

Утім, проігнорувавши обидві ці концепції законодавець створив темпоральну колізію старих та нових норм, а через неузгодженість та неконкретність формулювання нових криміналізованих діянь, – ще й їх конкуренцію між собою.

Аналіз диспозиції ст. 111–2 та існуючих до її прийняття норм КК України свідчить про те, що наявні склади кримінальних правопорушень вже містили підстави притягнення винуватої особи до кримінальної відповідальності за різноманітні форми співпраці (допомоги, пособництва) з представниками держави-агресора, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, в тому числі окупаційною адміністрацією держави-агресора, а відтак необхідності у її прийнятті взагалі не було.

Так, наприклад, відповідальність громадянина України за «допомогу державі-агресору, його збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації шляхом добровільного збору, підготовки та/або передачі їм матеріальних ресурсів чи інших активів» вже була перед-

бачена у ч. 4 ст. 111–1 КК, – «передача матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора». Проте, попри подібність зазначених дій, законодавець передбачив за їх вчинення суттєво відмінні покарання: штраф до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років та з конфіскацією майна (ч. 4 ст. 111–1 КК), та позбавлення волі на строк від десяти до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років та з конфіскацією майна або без такої (ст. 111–2 КК). До того ж подібні дії можуть також кваліфікуватися і як державна зрада у формі переходу на бік ворога, вчинена в умовах воєнного стану, та передбачати позбавлення волі на строк п'ятнадцять років або довічного позбавлення волі, з конфіскацією майна (ч. 2 ст. 111 КК).

Також, в КК України вже було встановлено відповідальність за криміналізоване у ст. 111–2 КК «пособництво» (по суті – надання допомоги) збройним формуванням держави-агресора шляхом реалізації чи підтримки їх дій. Зокрема, у ч. 7 ст. 111–1 КК передбачалась «надання незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території та/або збройним формуванням держави-агресора допомоги у веденні бойових дій проти Збройних Сил України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України...». Зауважимо, що це діяння охоплюється також і змістом державної зради у формі переходу на бік ворога, вчиненої в умовах воєнного стану (ч. 2 ст. 111 КК).

Криміналізоване законодавцем у ст. 111–2 КК пособництво державі-а-

гресору, на нашу думку, можна розглядати лише як окремий випадок державної зради у формі надання допомоги (фактично – пособництва, відповідно до ч. 5 ст. 27 КК) іноземній державі у проведенні підривної діяльності проти України, яка з початком цієї іноземною державою агресії проти нашої держави змінює форму і має кваліфікуватися як перехід на бік ворога.

Статтю 111–2 КК можна було б розглядати як спеціальну норму стосовно ст. 111 ККУ, – як таку, що передбачає не просто іноземну державу, а державу-агресора, якби у диспозиції ст. 111 КК було відсутнє практично тотожне поняття «ворога» і вона не була доповнена (за 42 дні до прийняття ст. 111–2 КК) ч. 2 (державна зрада, вчинена в умовах воєнного стану).

Відтак, найбільш суттєвою відмінністю цих норм є визначення у ст. 111–2 ККУ загального суб'єкта пособництва (за винятком громадянин держави-агресора), проте, на нашу думку, це не можна вважати аргументом для запровадження окремої норми, оскільки і у ст. 111 ККУ пособником визначених правопорушень може виступати будь-яка особа.

Отже, запровадження нової норми не сприяло конкретизації та розмежуванню форм співпраці з ворогом, а лише створило конкуренцію (темпоральну колізію) цих норм.

Крім того, з аналізу диспозиції статей 111–1 та 111–2 КК України вбачається, що диспозиція останньої практично охоплює (в узагальненому виді) диспозицію ст. 111–1 КК, але передбачає більш сувору відповідальність, що суперечить засадам нормотворення та спричиняє складнощі з юридичною кваліфікацією.

Попри зазначені недоліки варто зауважити й певну позитивну тенденцію, – законодавець нарешті усвідомив, що сприяти іноземній державі в т.ч. державі-агресору (надавати допомогу зокрема й у проведенні ними підривної діяльності) може не лише громадянин України, а й іноземець та особа без громадянства.

Проте, залишається не зрозумілими підстави обмеження загального суб'єкта згаданого правопорушення шляхом запровадження винятку для громадян держави-агресора («Умисні дії, спрямовані на допомогу державі-агресору (пособництво), збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора, вчинені громадянином України, іноземцем чи особою без громадянства, за винятком громадян держави-агресора, з метою завдання шкоди Україні...»). Ймовірно, таким чином законодавець прагнув виокремити громадян держави-агресора (не комбатантів), безпосередньо задіяних (за контрактом чи трудовим договором) у забезпеченні його збройних сил та діяльності окупаційних адміністрацій, і які прибули на територію України вже після її окупації. Втім, це не має поширюватись на громадян держави-агресора, які до початку бойових дій мали посвідку на постійне чи тимчасове проживання в Україні.

Зауважимо також, що у ч. 4 та ч. 6 ст. 111–1 КК України, де суб'єкт теж загальний, законодавець подібного винятку для громадян держави-агресора не робить. До того ж, такий підхід протирічить Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», де зазначається, що перебуваючи на території нашої держави іноземці та особи без громадянства зобов'язані неухильно додержуватися Конституції та законів України, інших нормативно-правових актів, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей, інтереси суспільства та держави (ч. 3 ст. 3). Іноземці, які на території України вчинили злочин, або інші правопорушення, несуть відповідальність на загальних підставах (ст. 29), а після відбуття призначеного покарання можуть бути видворені за межі держави з забороною подальшого в'їзду в Україну строком до п'яти років (ст. 32).

Подібний, шкідливий підхід успадковано КК України з радянського законодавства. Відповідно до положень ст. 111

КК, на відміну від інших злочинних посягань проти основ національної безпеки (ст. 109, 110, 112, 113, 114 КК тощо), суб'єктом надання допомоги іноземцям у проведенні підривної діяльності проти України може виступати лише український громадянин. Ті ж самі дії, вчинені особою без громадянства чи іноземним громадянином не передбачають кримінальної відповідальності. Це дозволяє припустити, що основною функцією норми, запровадженої за радянських часів, було й залишається жорстке регулювання контактів громадян з представниками іноземних держав та організацій, оскільки, за умови визнання діяльності цих іноземців підривною, такі контакти автоматично набувають злочинного характеру та створюють підставу для притягнення осіб до кримінальної відповідальності.

Думається, що такі штучні обмеження кола суб'єктів посягань проти основ національної безпеки України варто усувати, а не множити. Отже, існуючу у статті дефініцію пропонуємо викласти такої редакції «...за винятком громадян держави-агресора, які тимчасово чи постійно не проживали на території України на момент початку агресії».

Висновки. Некоректність та неузгодженість формулювань диспозиції ст. 111–2 КК України спричинила дублювання та змішування ознак об'єктивної сторони криміналізованих діянь, призвела до штучної конкуренції та темпоральної колізії кримінально-правових норм.

Ситуація, що склалася, не сприяє чіткості кримінально-правової оцінки

дій осіб, що надають допомогу (сприяють) державі-агресору, гальмує досудове розслідування, а крім того, з урахуванням утворених нормативним «люфтом» корупційних ризиків, відкриває широкі можливості для довільної кваліфікації одних і тих самих дій підозрюваних в межах від кримінального проступку до особливо тяжкого злочину.

Виходячи з викладеного, а також з урахуванням практичної тотожності понять «колабораційна діяльність» та «пособництво державі-агресору» підтримуємо пропозицію групи законодавців¹ щодо виключення ст. 111–2 з КК України, оскільки вона «передбачає колабораційну діяльність в її окремих формах, які вже визначені у ст. 111–1 КК України, а окремі її положення включити до тексту ст. 111–1 КК України»² з відповідною диференціацією покарання.

Також, для чіткого усвідомлення суб'єктам правозастосування сутності кримінальних правопорушень, передбачених у ст. 111–1 КК України та їх відмінності від подібних форм державної зради, пропонуємо навести у цій статті (можливо – у примітці до неї) таке визначення колабораційної діяльності: «колабораційна діяльність – умисна добровільна співпраця з державою-агресором, вчинена в умовах окупації території України або її частини з метою забезпечення підтримки цієї держави та завдання шкоди суверенітетові, територіальній цілісності і недоторканності, обороноздатності або державній, економічній чи інформаційній безпеці України».

¹ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та суміжні кримінальні правопорушення: Проект Закону від 20.07.2022 № 7570 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/40023>> дата звернення 25.05.2023.

² Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та суміжні кримінальні правопорушення: Пояснювальна записка до проекту Закону України від 20.07.2022 № 7570 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1404639>> дата звернення 25.05.2023.

REFERENCES**LIST OF LEGAL DOCUMENTS****LEGISLATION**

1. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo vstanovlennia kryminalnoi vidpovidalnosti za kolaboratsiinu diialnist [On amendments to some legislative acts of Ukraine regarding the establishment of criminal liability for collaborative activity] Zakon Ukrainy vid 03.03.2022 № 2108-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#Text>> data zvernennia 25.05.2023 [in Ukrainian].

2. Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho kodeksu Ukrainy shchodo posylennia vidpovidalnosti za zlochyny proty osnov natsionalnoi bezpeky Ukrainy v umovakh dii rezhymu voiennoho stanu [On amendments to the Criminal Code of Ukraine regarding increased liability for crimes against the foundations of national security of Ukraine under the conditions of martial law] Zakon Ukrainy vid 03.03.2022 № 2113-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2113-IX#Text>> data zvernennia 25.05.2023 [in Ukrainian].

3. Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho ta Kryminalnoho protsesualnoho kodeksiv Ukrainy shchodo udoskonalennia vidpovidalnosti za kolaboratsiinu diialnist ta osoblyvosti zastosuvannia zapobizhnykh zakhodiv za vchynennia zlochyniv proty osnov natsionalnoi ta hromadskoi bezpeky [On amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine regarding the improvement of responsibility for collaborative activity and the specifics of the application of preventive measures for committing crimes against the foundations of national and public security] Zakon Ukrainy vid 14.04.2022 № 2198-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198-20#Text>> data zvernennia 25.05.2023 [in Ukrainian].

4. Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho ta Kryminalnoho protsesualnoho kodeksiv Ukrainy shchodo udoskonalennia vidpovidalnosti za kolaboratsiinu diialnist ta osoblyvosti zastosuvannia zapobizhnykh zakhodiv za vchynennia zlochyniv proty osnov natsionalnoi ta hromadskoi bezpeky [On making changes to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine regarding the improvement of responsibility for collaborative activity and the specifics of the application of preventive measures for committing crimes against the foundations of national and public security] Poiasniuvalna zapyska do proektu Zakonu Ukrainy vid 14.04.2022 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1247318>> data zvernennia 25.05.2023 [in Ukrainian].

5. Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho ta Kryminalnoho protsesualnoho kodeksiv Ukrainy shchodo udoskonalennia vidpovidalnosti za kolaboratsiinu diialnist ta sumizhni kryminalni pravoporushennia [On amendments to the Criminal and Criminal Procedural Codes of Ukraine regarding the improvement of liability for collaborative activities and related criminal offenses] Proekt Zakonu vid 20.07.2022 № 7570 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/40023>> data zvernennia 25.05.2023 [in Ukrainian].

6. Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho ta Kryminalnoho protsesualnoho kodeksiv Ukrainy shchodo udoskonalennia vidpovidalnosti za kolaboratsiinu diialnist ta sumizhni kryminalni pravoporushennia [On Amendments to the Criminal and Criminal Procedural Codes of Ukraine on Improving Liability for Collaborative Activities and Related Criminal Offenses] Poiasniuvalna zapyska do proektu Zakonu Ukrainy vid 20.07.2022 № 7570 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1404639>> data zvernennia 25.05.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY**JOURNAL ARTICLES**

7. Kravchuk O, Bondarenko M, Posobnytstvo derzhavi ahresoru: novi sklady zlochyniv za st. 111–2 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy [Assistance to the aggressor state: new types of crimes under Art. 111–2 of the Criminal Code of Ukraine] <<https://hrvector.org/podiyi/22-05-03-art3>> data zvernennia 25.05.2023 [in Ukrainian].

WEBSITES

8. Kolaboratsionizm. Entsyklopediia suchasnoi Ukrainy [Collaborationism. Encyclopedia of Modern Ukraine] <https://esu.com.ua/search_articles?id=4446> data zvernennia 25.05.2023 [in Ukrainian].

9. Posobnytstvo. Akademichniy tlumachnyi slovnyk [Assistance Academic explanatory dictionary] (1970–1980) <<http://sum.in.ua/s/posobnyctvo>> data zvernennia 25.05.2023 [in Ukrainian].

Shlapachenko V.M.,
Doctor of Philosophy,
senior researcher, leading researcher,
National Academy of Security service of Ukraine
ORCID ID: 0009-0004-8453-9384

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/164-172>

PROBLEMATIC ISSUES OF CRIMINALIZATION OF AIDING AND ABETTING THE AGGRESSOR STATE (ARTICLE 111–2 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE)

Abstract. *The article examines the problematic issues that arose as a result of the addition of the Criminal Code of Ukraine, Art. 111–2, ways of eliminating the identified shortcomings are being investigated.*

Not recognizing criminalized in Art. 111–2 of the Criminal Code acts neither by treason nor by collaborative activity, but by creating a new concept – «assistance to the aggressor state», and without offering distinguishing features at the same time, the legislator additionally complicates the qualification of forms of cooperation with the aggressor and increases uncertainty in the already imperfect conceptual the apparatus of crimes against the foundations of national security of Ukraine.

Analysis of the disposition of Art. 111–2 and the existing norms of the Criminal Code of Ukraine before its adoption indicate that the existing criminal offenses already contained grounds for bringing the guilty person to criminal responsibility for various forms of cooperation (aid, abetment) with representatives of the aggressor state, illegal authorities created on temporarily occupied territory, including by the occupation administration of the aggressor state, and therefore there was no need for its acceptance at all.

The current situation does not contribute to the clarity of the criminal-legal assessment of the actions of persons who provide assistance (contribute) to the aggressor state, inhibits the pre-trial investigation, and in addition, taking into account the corruption risks created by the normative «backlash», opens wide opportunities for the arbitrary qualification of some and the same actions of the suspects ranging from a criminal misdemeanor to a particularly serious crime.

Based on the above, as well as taking into account the practical identity of the concepts «collaborative activity» and «assistance to the aggressor state», we support the proposal to exclude Art. 111–2 of the Criminal Code of Ukraine, as it provides for collaborative activity in its separate forms, which are already defined in Art. 111–1 of the Criminal Code of Ukraine, and its separate provisions to be included in the text of Art. 111–1 of the Criminal Code of Ukraine] with the corresponding differentiation of punishment.

Key words: *aiding and abetting, aggressor state, collaborative activity, treason.*

IV. ПРОБЛЕМИ ІНШИХ ГАЛУЗЕЙ ПРАВА

Важинський В. М.

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри права та гуманітарних дисциплін
Івано-Франківської філії Відкритого міжнародного
університету розвитку людини «Україна»

ORCID ID: 00000–0003–4081–2954

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/173-184>

УДК 342.951

КЛАСИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВOPУШЕНЬ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬСЯ У СФЕРІ ДІЯЛЬНОСТІ ІНСТИТУЦІЙНИХ ІНВЕТОРІВ

Анотація. Стаття присвячена виокремленню та класифікації адміністративних правопорушень, які вчиняються в сфері діяльності інституційних інвесторів.

Правопорушення нерозривно пов'язане з виникненням суперечностей між інтересами суспільства (і держави, адже інтереси держави і суспільства в соціальній державі співпадають) і бізнесу, у зв'язку з чим інституційний інвестор може ставити свої інтереси вище суспільних і тим самим посягати на встановлений і гарантований державою правопорядок у цій сфері. Правопорушення по-суті, є тим юридичним фактом, який породжує трансформацію правовідносин охорони до правовідносин захисту прав і свобод та законних інтересів фізичних осіб-інвесторів. При цьому, якщо забезпечувати охорону можуть різні державні органи, суспільні інституції чи навіть сам інституційний інвестор, то у разі правопорушення на перше місце виходить держава, яка має виключне право на застосування примусу до правопорушника.

Юридичний аналіз статей Особливої частини КУпАП засвідчує, що складів, які прямо передбачають відповідальність у сфері діяльності інституційних інвесторів зокрема чи інвестиційної діяльності в цілому, немає. З іншого боку, в КУпАП є дуже багато складів правопорушень у сфері фінансової діяльності, які, в тому числі, стосуються діяльності інституційних інвесторів. Автором запропоновано класифікувати їх за певними підставами: за сферою діяльності, в якій вони вчиняються; за суб'єктами, які мають право складати протоколи про адміністративні правопорушення, за суб'єктами, які мають право розглядати справи про адміністративні правопорушення.

Ключові слова: інвестиційна діяльність, інституційний інвестор, суспільний інтерес, адміністративне правопорушення, адміністративно-правова охорона, адміністративна відповідальність.

Постановка проблеми. Чинне законодавство не містить визначення поняття «інвестиційне правопорушення». На думку М. Бліхар, сутність такого правопору-

шення полягає в тому, що поведінка правопорушника спрямована на негативну зміну визначеного в чинному законодавстві порядку здійснення інвестиційної діяльності, порушення правових режимів

інвестиційних відносин. Інвестиційна протиправність, своєю чергою, полягає в повному або частковому невиконанні вимог, ігноруванні правил, порядку, закріплених і нормами інвестиційного законодавства, й іншими галузевими нормами, обов'язковими до виконання суб'єктами інвестиційної діяльності¹.

Інституційні інвестори є важливим суб'єктами інвестиційної діяльності, а тому вчинення ними правопорушень посягає не лише на певний встановлений державою порядок здійснення інвестиційної діяльності, а й завдає шкоди суспільству в особі громадян-інвесторів. Правопорушення по-суті, є тим юридичним фактом, який породжує трансформацію правовідносин охорони до правовідносин захисту прав і свобод та законних інтересів фізичних осіб-інвесторів.

При цьому, якщо забезпечувати охорону можуть різні державні органи, суспільні інституції чи навіть сам інституційний інвестор, то у разі правопорушення на перше місце виходить держава, яка має виключне право на застосування примусу до правопорушника. Так, захист приватного інтересу відбувається за ініціативи самого суб'єкта інтересу через подання цивільного позову, а захист публічного інтересу відбувається з ініціативи або безпосередньо суб'єктом публічної адміністрації².

Правовий інститут відповідальності є обов'язковим елементом механізму охорони інвестиційних відносин, адже спонукає дії всіх суб'єктів інвестиційної діяльності (разом з уповноваженими особами контролюючих органів) до правомірної поведінки. Кожен вид юридичної відповідальності за порушення порядку здійснення інвестиційної діяльності є самостійною системою. Систему юридичної відповідальності в галузі ін-

вестиційного права становлять адміністративна, дисциплінарна, кримінальна, цивільно-правова, фінансово-правова та інші види відповідальності³.

Насамперед слід звернути увагу на адміністративні правопорушення і адміністративну відповідальність, оскільки саме цей вид відповідальності застосовується за правопорушення, що не несуть вкрай серйозної шкоди суспільству, але є суспільно шкідливими діяннями, без реагування на які ситуація може погіршитись⁴. Своєчасне виявлення адміністративних правопорушень та притягнення правопорушника до адміністративної відповідальності часто дозволяє запобігти більш серйозним правопорушенням, як наприклад, вчинення фінансових правопорушень, податкових правопорушень, господарських правопорушень (у тому числі виникнення неплатоспроможності та банкрутства інституційного інвестора) і кримінальних правопорушень, які можуть завдати значно серйознішої шкоди суспільним інтересам громадян-вкладників.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Питання охорони інтересів інвесторів розглядалися в роботах М. Бліхар, І. Голосніченка, В. Гордеева, О. Звірка, С. Ківалова, В. Колпакова, Ю. Світличної, О. Тихонової, О. Фесенка, Ю. Шемшученка та інших але питання адміністративних правопорушень у сфері діяльності інституційних інвесторів досі залишаються недослідженими.

Метою статті є виокремлення та класифікація адміністративних правопорушень, які вчиняються в діяльності інституційних інвесторів.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Поняття правопорушення нерозривно пов'яза-

¹ М. М. Бліхар, Фінансово-правова відповідальність суб'єктів інвестиційної діяльності (2017) 865 *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»* 169–176.

² В. Авер'янов В, *Виконавча влада і адміністративне право* (Київ, 2002) 77.

³ М. М. Бліхар, Фінансово-правова відповідальність суб'єктів інвестиційної діяльності (2017) 865 *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»* 169–176.

⁴ В. Колпаков, В. Гордеев, *Теорія адміністративного проступку*: монографія (Харків, Харків юридичний, 2016) 344.

не, на нашу думку, з виникненням суперечностей між інтересами суспільства (і держави, адже інтереси держави і суспільства в соціальній державі співпадають) і бізнесу, у зв'язку з чим інституційний інвестор може ставити свої інтереси вище суспільних і тим самим посягати на встановлений і гарантований державою правопорядок у цій сфері¹. І в цьому випадку ми маємо акцентувати увагу на охоронних правовідносинах у сфері публічного управління діяльністю інституційних інвесторів – попередження та реагування на такі правопорушення з боку держави (суспільства) засобами адміністративного права.

Запобіганням таким правопорушенням охоплюється дією регулятивних норм і реалізується в регулятивних правовідносинах, коли сам бізнес через застосування процедур соціально відповідального бізнесу або держава чи суспільство шляхом аналізу регуляторного впливу певних норм, реагування на інші правопорушення, ризики чи чинники фактично реагує на певні суперечності і запобігає виникненню правопорушень, тобто запобігає тому моменту, коли певний інтерес (відмінний від суспільного) починає втілюватись в життя. І тут мова йде також про те, що суспільство може реагувати на такі суперечності і запобігати правопорушенням не лише з боку інституційних інвесторів, але й держави. Проте не виключене і реагування в межах охоронних правовідносин, коли виявивши ризики вчинення правопорушень (факт не співпадіння інтересів інституційного інвестора та вкладників чи держави), але до вчинення правопорушення державі вдається вжити заходів за для недопущення вчинення активних дій (правопорушень) і вжити заходів ще до початку вчинення правопорушення. Детальніше питання запобігання порушенням суспільного інтересу в ді-

яльності інституційного інвестора буде розглянуто окремо.

Адже як влучно зазначено в ст. 23 КУпАП адміністративне стягнення є мірою відповідальності і застосовується з метою виховання особи, яка вчинила адміністративне правопорушення, в дусі додержання законів України, поваги до правил співжиття, а також запобігання вчиненню нових правопорушень як самим правопорушником, так і іншими особами.

Адміністративним правопорушенням (проступком) відповідно до ст. 9 Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність. Адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно до закону кримінальної відповідальності².

Юридичний аналіз статей Особливої частини КУпАП засвідчує, що складів, які прямо передбачають відповідальність у сфері діяльності інституційних інвесторів зокрема чи інвестиційної діяльності в цілому, немає. Це свідчить про те, що держава більшу увагу приділяє все ж засобам запобігання правопорушенням у діяльності інституційного інвестора, і методам переконання та стимулювання, а не очікування правопорушень і застосування примусу.

З іншого боку, в КУпАП є дуже багато складів правопорушень у сфері фінансової діяльності, які, в тому числі, стосуються діяльності інституційних інвесторів. Ми пропонуємо класифікувати їх за певними підставами: за сфе-

¹ В М Важинський, Поняття механізму адміністративно-правової охорони суспільних інтересів у діяльності інституційних інвесторів (2021) 3–4 *Вісник кримінального судочинства* 92–99. DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2021.3-4/92-99>.

² Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984 № 8073-X. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#n60>>дата звернення 15.02.2023.

рою діяльності, в якій вони вчиняються; за суб'єктами, які мають право складати протоколи про адміністративні правопорушення, за суб'єктами, які мають право розглядати справи про адміністративні правопорушення.

За сферою діяльності, в якій вони вчиняються можемо виділити правопорушення:

- у сфері фінансового моніторингу – ст. 166–9, ч. 6 ст. 166–11, 188–34;
- у сфері банківського законодавства – ст. ст. 155–1, 162, 162–1, 166–5, 166–19, 188–29;
- у сфері обліку та звітності – ст. 163–16, 164–2;
- у сфері фінансової діяльності – ст. 156–1, 166–8, 166–13;
- у сфері неплатоспроможності та банкрутства – ст. 164–15, 166–16, 166–17;
- у сфері ринків капіталу – ст. 163, 163–5, 163–6, 163–7, 163–8, 163–10, 163–11;
- інші правопорушення у сфері господарської діяльності – ст. 164, 166–2.

Звісно значна кількість цих правопорушень характерні не лише для діяльності інституційних інвесторів, але й для інших сфер діяльності (наприклад, щодо фінансового моніторингу, подання та оприлюднення фінансової звітності, банківського законодавства тощо), але вони самі по собі підривають довіру вкладників до діяльності інституційного інвестора, що в свою чергу вже несе ризики виникнення суперечностей між інтересами суспільства та бізнесу.

Розподіл правопорушень за суб'єктами важливий задля формування рекомендацій для них щодо запобігання та реагування на такі правопорушення, адже більшість правопорушень виявляються уповноваженими органами державного нагляду (контролю), а отже вони мають широкі повноваження, передбаченими спеціальним законодавством і мають змогу вплинути на діяльність інституційного інвестора ще до виникнення суперечностей між різними інтересами та до вчинення правопорушень.

Крім того, щодо цих правопорушень мають право складати протоколи широке коло осіб, а саме:

- суб'єкти державного фінансового моніторингу, які виконують функції державного регулювання і нагляду за відповідними суб'єктами первинного фінансового моніторингу та центральний орган 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 – ст. 166–9, ч. 6 ст. 166–11, 188–34;
- центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, та його територіальні органи – ст. 155–1, 162–1;
- органи Національної поліції – ст. 162, 164, 164–2, 164–15, 166–16, 166–17;
- Національний банк України – ст. 156–1 (за порушення, вчинені учасниками ринків фінансових послуг, якщо державне регулювання ринку таких послуг здійснюється Національним банком України), 163–16, 166–5, 166–8 (у частині, що стосується правопорушень у галузі банківської діяльності та банківських операцій, діяльності з надання інших фінансових послуг, ліцензії (дозволи) на проведення якої видає цей орган), 188–29;
- Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку – ст. 156–1 (а порушення, вчинені учасниками ринків фінансових послуг, якщо державне регулювання ринку таких послуг здійснюється Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку), 163, 163–5, 163–6, 163–7, 163–8, 163–10, 163–11; 166–8 (у частині, що стосується правопорушень у галузі діяльності з надання фінансових послуг, ліцензії (дозволи) на проведення якої видає цей орган), 166–13;
- Фонд гарантування вкладів фізичних осіб – ст. 166–19;
- органи Антимонопольного комітету України – ст. 166–2.

Як бачимо, проблеми з розмежування компетенції в окремих випадках між Національним банком України та Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку, що в тому числі впливає на можливість цих органів запобігати та попереджувати правопорушення в сфері діяльності інституційних інвесторів.

Щодо органів, які розглядають справи про адміністративні правопорушення, їх коло також широке. Всі вони наділені специфічними повноваженнями в адміністративній процедурі розгляду таких справ, а тому можуть вживати різні заходи впливу на правопорушників. Важливо виділити цих суб'єктів для надання їм рекомендацій щодо реагування на вчинені правопорушення.

Отже вказані вище правопорушення за суб'єктами, які уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення, справи про які розглядає:

- Суд (судді районних, районних у місті, міських чи міськрайонних судів) – ст. 155–1, 162, 162–1, 163–7 (ч. 2), 164, 164–15, 166–2, 166–8, 166–9, 166–16, 166–17, 188–34;

- Національний банк України – ст. 156–1 (за порушення, вчинені учасниками ринків фінансових послуг, якщо державне регулювання ринку таких послуг здійснюється Національним банком України), 163–16, 166–5, 188–29;

- Фонд гарантування вкладів фізичних осіб – ст. 166–19;

- Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку – ст. 156–1 (за порушення, вчинені учасниками ринків фінансових послуг, якщо державне регулювання ринку таких послуг здійснюється Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку), 163, 163–5, 163–6, 163–7 (ч. 1), 163–8, 163–10, 163–11, 166–13;

- Органи державного фінансового контролю – ст. 164–2.

Розглянемо основні способи вчинення вказаних вище правопорушень у сфері діяльності інституційних інвесторів.

Відповідальність за правопорушення у сфері фінансового моніторингу – ст. 166–9, ч. 6 ст. 166–11, ст. 188–34 КУпАП застосовується до посадових осіб інституційного інвестора за такі порушення:

- ст. 166–9 містить значний перелік правопорушень, зокрема:

- порушення вимог щодо здійснення належної перевірки, вимог щодо виявлення належності клієнтів та інших визначених законом осіб до політично значущих осіб, членів їх сімей, осіб, пов'язаних з політично значущими особами;

- неподання, несвоєчасне подання, порушення порядку подання або подання центральному 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, недостовірної інформації у випадках, передбачених законодавством; порушення вимог щодо створення (ведення) та зберігання документів (у тому числі електронних), записів, даних, інформації;

- порушення вимог щодо супроводження переказів інформацією про ініціатора та одержувача переказу;

- порушення вимог щодо відмови від встановлення (підтримання) ділових відносин (проведення фінансової операції);

- порушення порядку зупинення фінансових (фінансової) операцій (операції), а також порядку замороження або розмороження активів, що пов'язані з тероризмом та його фінансуванням, розповсюдженням зброї масового знищення та його фінансуванням;

- порушення вимог щодо виявлення та реєстрації фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу;

- ненадання, несвоєчасне подання або подання недостовірної інформації, пов'язаної з аналізом фінансових операцій, що стали об'єктом фінансового

моніторингу, довідок та копій документів (у тому числі тих, що містять інформацію з обмеженим доступом) на запит 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.

Щодо ст. 188–34 передбачено відповідальність за невиконання законних вимог посадових осіб суб'єктів державного фінансового моніторингу стосовно усунення порушень законодавства щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення або створення перешкод для виконання покладених на них обов'язків.

Ч. 6 ст. 166–11 передбачає відповідальність за неподання юридичною особою державному реєстратору передбаченої Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» інформації про кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи.

Протоколи про адміністративні правопорушення, передбачені статтею 166–9, частиною шостою статті 166–11 та статтею 188–34 Кодексу, складають уповноважені на те Мінфіном посадові особи (далі – уповноважені посадові особи), якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно до закону кримінальної відповідальності¹.

Правопорушення у сфері фінансового моніторингу впливають в цілому

на ділову репутацію інституційного інвестора і на довіру вкладників до нього. Адже він працює з значними сумами «чужих коштів» і якщо інвестор вчиняє правопорушення, працюючи з такими коштами, у інвестора закрадаються обгрунтовані підозри щодо недобросовісності такого інвестора.

Крім того, Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»² у ст. 32 передбачає ліквідацію юридичних осіб за рішенням суду, якщо вони здійснювали фінансові операції з легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансували тероризм чи розповсюдження зброї масового знищення або анулювання ліцензії для банку³.

Крім того, за інші правопорушення Закон передбачає, що у разі невиконання (неналежного виконання) суб'єктом первинного фінансового моніторингу (його уповноваженою (посадовою) особою) вимог законодавства у сфері запобігання та протидії до нього адекватно вчиненому порушенню протягом шести місяців з дня виявлення порушення, але не пізніше ніж через три роки з дня його вчинення застосовуються такі заходи впливу⁴:

1) письмове застереження;

2) анулювання ліцензії та/або інших документів, що надають право на здійснення діяльності, з провадженням якої в особи виникає статус суб'єкта первинного фінансового моніторингу, у встановленому законодавством порядку;

3) покладення на суб'єкта первинного фінансового моніторингу обов'язку

¹ Про затвердження Інструкції з оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення посадовими особами Міністерства фінансів України: Наказ Міністерства фінансів України від 18.01.2018 № 14 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0159-18#Text>> дата звернення 15.02.2023.

² Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 06.12.2019 р. № 361-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text>> дата звернення 15.02.2023.

³ О Є Звірко, Відповідальність працівників банку за порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, та фінансування тероризму (2007) 22 *Проблеми і перспективи розвитку банківської системи України: зб. наук. праць* 92–197.

⁴ О В Тихонова, Особливості притягнення до юридичної відповідальності за порушення правил фінансового моніторингу (2011) 4 *Часопис Київського університету права* 164–167.

відсторонення від роботи посадової особи такого суб'єкта первинного фінансового моніторингу;

4) штраф (розмір якого також вказано в цьому Законі залежно від порушення);

5) укладення письмової угоди із суб'єктом первинного фінансового моніторингу, за якою суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язується сплатити визначене грошове зобов'язання та вжити заходів для усунення та/або недопущення в подальшій діяльності порушень вимог законодавства у сфері запобігання та протидії, забезпечити підвищення ефективності функціонування та/або адекватності системи управління ризиками тощо (далі – угода про врегулювання наслідків вчинення порушення законодавства у сфері запобігання та протидії).

Відповідальність у сфері банківського законодавства – ст. ст. 155–1, 162, 162–1, 166–5, 166–19, 188–29 до інституційних інвесторів застосовується як правило у разі здійснення інвестування за кордон або у сфері переказу коштів в Україні, зокрема за:

– порушення встановленого законом порядку проведення розрахунків при здійсненні операцій з купівлі-продажу іноземної валюти;

– незаконні скуповування, продаж, обмін, використання валютних цінностей як засобу платежу або як застави;

– порушення порядку здійснення валютних операцій;

– порушення пов'язаними з банком особами або іншими особами, які відповідно до закону можуть бути об'єктом перевірки Національного банку України, банківського законодавства, нормативно-правових актів Національного банку України, крім порушень, зазначених у статті 73 Закону України «Про банки і банківську діяльність», у тому числі подання недостовірної (неповної) звітності, зокрема, щодо якості активів, проведення операцій із пов'язаними з банком особами, суті операцій, або здійснення ризикових операцій, які загрожують ін-

тересам вкладників чи інших кредиторів банку;

– порушення нормативно-правових актів Національного банку України, які регулюють діяльність у сфері державного регулювання ринків небанківських фінансових послуг;

– порушення законів України та нормативно-правових актів Національного банку України, які регулюють переказ коштів в Україні;

– порушення встановлених Національним банком України загальних параметрів моніторингу з метою ідентифікації помилкових та неналежних переказів із застосуванням електронних платіжних засобів;

– неповідомлення про помилкові/неналежні перекази та суб'єктів цих переказів інших членів/учасників платіжної системи;

– порушення вимог валютного законодавства;

– порушення керівником банку порядку складання або подання відомостей до Фонду гарантування вкладів фізичних осіб;

– невиконання або несвоєчасне виконання керівником банку законних рішень Фонду гарантування вкладів фізичних осіб;

– невнесення або несвоєчасне внесення банком збору до Фонду гарантування вкладів фізичних осіб;

– невиконання законних вимог посадових осіб Національного банку України у сфері банківського законодавства, законодавства у сфері державного регулювання ринків небанківських фінансових послуг, законодавства, яке регулює переказ коштів в Україні.

Правопорушення у сфері обліку та звітності – ст. 163–16, 164–2 у діяльності інституційних інвесторів можуть стосуватись:

– порушення порядку оприлюднення фінансової звітності або консолідованої фінансової звітності разом з аудиторським звітом;

– приховування в обліку валютних та інших доходів, непродуктивних ви-

трат і збитків, відсутність бухгалтерського обліку або ведення його з порушенням установленого порядку, внесення неправдивих даних до фінансової звітності, неподання фінансової звітності, несвоєчасне або неякісне проведення інвентаризацій грошових коштів і матеріальних цінностей, несвоєчасне подання на розгляд, погодження або затвердження річного фінансового плану підприємства державного сектору економіки та звіту про його виконання, перешкоджання працівникам органу державного фінансового контролю у проведенні ревізій та перевірок, нежиття заходів по відшкодуванню з винних осіб збитків від недостач, розтрат, крадіжок і безгосподарності.

У сфері фінансової діяльності – ст. 156–1, 166–8, 166–13 в діяльності інституційного інвестора можливі порушення:

- ненадання, несвоєчасне надання споживачу фінансових послуг інформації про умови надання фінансової послуги, яку він має намір отримати, та іншої інформації, обов'язковість надання якої споживачу фінансових послуг передбачена законодавством, а також надання інформації про фінансову послугу, учасника ринку фінансових послуг, що містить неповні, неточні або недостовірні відомості (дані);

- здійснення банківської діяльності, банківських операцій або іншої діяльності з надання фінансових послуг без набуття статусу фінансової установи чи без спеціального дозволу (ліцензії), якщо законом передбачено набуття статусу фінансової установи чи одержання спеціального дозволу (ліцензії) для здійснення зазначених видів діяльності, або з порушенням порядку надання фінансових послуг юридичними особами, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, але надають окремі фінансові послуги;

- затвердження з порушенням вимог закону правил фонду фінансування будівництва або фонду операцій з не-

рухомістю чи внесення до них змін, що призвело до звуження зобов'язань перед довірительом або власником сертифіката фонду операцій з нерухомістю; ухилення від виконання управителем фонду фінансування будівництва або фонду операцій з нерухомістю чи емітентом сертифікатів фонду операцій з нерухомістю перед довірительами зобов'язань, встановлених правилами фонду фінансування будівництва або фонду операцій з нерухомістю чи договорами про участь у фонді фінансування будівництва або проспектом емісії сертифікатів фонду операцій з нерухомістю; ненадання управителем фонду фінансування будівництва або фонду операцій з нерухомістю чи емітентом сертифікатів фонду операцій з нерухомістю інформації про їх діяльність на поданий в установленому порядку запит.

У сфері неплатоспроможності та банкрутства – ст. 164–15, 166–16, 166–17 можливі такі порушення в діяльності інституційного інвестора:

- умисне приховування громадянином – засновником (учасником) або службовою особою суб'єкта господарської діяльності своєї стійкої фінансової неспроможності шляхом подання недостовірних відомостей або неподання в установленний строк до господарського суду заяви про порушення справи про банкрутство юридичної особи;

- умисне приховування майна, відомостей про майно, передача майна в інше володіння або його відчуження чи знищення, а також фальсифікація, приховування або знищення документів, які відображають господарську чи фінансову діяльність, у тому числі планів санації чи мирових угод, якщо ці дії вчинені громадянином – засновником (учасником) або службовою особою суб'єкта господарської діяльності в період провадження у справі про банкрутство;

Завідомо неправдива офіційна заява громадянина – засновника (учасника) або службовою особою суб'єкта господарської діяльності, а так само громадяни-

на – суб'єкта підприємницької діяльності про фінансову неспроможність виконання вимог з боку кредиторів і зобов'язань перед бюджетом.

У сфері ринків капіталу – ст. 163, 163–5, 163–6, 163–7, 163–8, 163–10, 163–11 щодо діяльності інституційного інвестора можливе широке коло правопорушень:

– розміщення цінних паперів без реєстрації їх випуску або порушення порядку здійснення емісії цінних паперів;

– ненадання посадовою особою емітента цінних паперів інвестору у фінансові інструменти, який набув право власності на цінні папери такого емітента, на його письмовий запит інформації про діяльність емітента в межах, передбачених законом, або надання йому недостовірної інформації;

– порушення посадовою особою емітента порядку скликання або проведення загальних зборів акціонерного товариства, порядку обрання членів органів управління товариства, порядку або строку виплати дивідендів за наявності відповідного рішення загальних зборів;

– ненадання посадовою особою депозитарної установи депоненту виписки з рахунка в цінних паперах або інших документів, надання яких передбачено законодавством про депозитарну систему України;

– здійснення фізичною особою операції (операцій), пов'язаної (пов'язаних) з безпосереднім провадженням професійної діяльності на ринках капіталу та організованих товарних ринках, для здійснення якої (яких) необхідна наявність відповідної ліцензії, без ліцензії на провадження відповідного виду діяльності в межах такої професійної діяльності або провадження відповідного виду діяльності, що підлягає ліцензуванню на підставі ліцензії, іншої ніж та, що надає право на провадження такого виду діяльності, або провадження професійної діяльності на ринках капіталу та організованих товарних ринках з порушенням умов ліцензування;

– умисні дії, що мають ознаки маніпулювання на організованих ринках, встановлені відповідно до законодавства про ринки капіталу та організовані товарні ринки;

– порушення посадовою особою Центрального депозитарію цінних паперів, Національного банку України або депозитарної установи порядку провадження депозитарної діяльності, яке призвело до втрати інформації, що міститься у системі депозитарного обліку цінних паперів, а також ухилення від внесення змін або внесення завідомо недостовірних змін до системи депозитарного обліку;

– нерозкриття, розкриття не в повному обсязі, несвоєчасне розкриття інформації та/або розкриття недостовірної інформації на ринках капіталу та організованих товарних ринках або у системі накопичувального пенсійного забезпечення;

– умисне розголошення професійної таємниці на ринках капіталу та організованих товарних ринках без згоди її власника особою, якій ця таємниця відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю.

Щодо інших правопорушень у сфері господарської діяльності – ст. 164, 166–2 в діяльності інституційних інвесторів можна віднести:

– провадження господарської діяльності без державної реєстрації як суб'єкта господарювання або без подання повідомлення про початок здійснення господарської діяльності, якщо обов'язковість подання такого повідомлення передбачена законом, або без отримання ліцензії на провадження виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону, або у період зупинення дії ліцензії, у разі якщо законодавством не передбачені умови провадження ліцензійної діяльності у період зупинення дії ліцензії, або без одержання документа дозвільного характеру, якщо його одержання передбачене законом (крім випадків застосування принципу мовчазної згоди);

– надання суб'єктом господарювання органу ліцензування, дозвільному органу або адміністратору недостовірної інформації щодо відповідності матеріально-технічної бази вимогам законодавства;

– надання суб'єктом господарювання недостовірної або не в повному обсязі інформації у повідомленні про початок провадження господарської діяльності, необхідність подання якої встановлена законом для певного виду господарської діяльності.

– укладення угод, спрямованих на встановлення (підтримання) монопольних цін (тарифів), знижок, надбавок (доплат), націнок, розподіл ринків за територіальним принципом, асортиментом товарів, обсягом їх реалізації чи закупівель або за колом споживачів чи за іншими ознаками з метою їх монополізації, усунення з ринку або обмеження доступу на нього продавців, покупців, інших підприємців.

Висновки. Враховуючи викладене вище, вважаємо, що правопорушення нерозривно пов'язане з виникненням суперечностей між інтересами суспільства (і держави, адже інтереси держави і суспільства в соціальній державі співпадають) і бізнесу, у зв'язку з чим інституційний інвестор може ставити свої інтереси вище суспільних і тим самим посягати на встановлений і гарантований державою правопорядок у цій сфері.

Юридичний аналіз статей Особливої частини КУпАП засвідчує, що складів, які прямо передбачають відповідальність у сфері діяльності інституційних інвесторів зокрема чи інвестиційної діяльності в цілому, немає. Це свідчить про те, що держава більшу увагу приді-

ляє все ж засобам запобігання правопорушенням у діяльності інституційного інвестора, і методам переконання та стиmulювання, а не очікування правопорушень і застосування примусу.

З іншого боку, в КУпАП є дуже багато складів правопорушень у сфері фінансової діяльності, які, в тому числі, стосуються діяльності інституційних інвесторів. Ми пропонуємо класифікувати їх за певними підставами: за сферою діяльності, в якій вони вчиняються; за суб'єктами, які мають право складати протоколи про адміністративні правопорушення, за суб'єктами, які мають право розглядати справи про адміністративні правопорушення.

За сферою діяльності, в якій вони вчиняються можемо виділити правопорушення: у сфері фінансового моніторингу; у сфері банківського законодавства; у сфері обліку та звітності; у сфері фінансової діяльності; у сфері неплатоспроможності та банкрутства; у сфері ринків капіталу; інші правопорушення у сфері господарської діяльності. У статті наводиться детальний аналіз вказаних правопорушень.

Своєчасне виявлення адміністративних правопорушень та притягнення правопорушника до адміністративної відповідальності часто дозволяє запобігти більш серйозним правопорушенням, як наприклад, вчинення фінансових правопорушень, податкових правопорушень, господарських правопорушень (у тому числі виникнення неплатоспроможності та банкрутства інституційного інвестора) і кримінальних правопорушень, які можуть завдати значно серйознішої шкоди суспільним інтересам громадян-вкладників.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennya [Code of Ukraine on administrative offenses]: Zakon vid 07.12.1984 № 8073-X <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#n60>> data zvernennia 15.02.2023 [in Ukrainian].

2. Pro zapobihannya ta protydiyu lehalizatsiyi (vidmyvannyu) dokhodiv, oderzhanykh zlochnym shlyakhom, finansuvannyu teroryzmu ta finansuvannyu rozpovsyudzhennya zbroyi masovoho znyshchennya

[On the prevention and countermeasures against the legalization (laundering) of criminal proceeds, the financing of terrorism, and the financing of the proliferation of weapons of mass destruction]: Zakon Ukrainy vid 06.12.2019 № 361-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text>> data zvernennia 15.02.2023 [in Ukrainian].

3. Pro zatverdzhennya Instruktsiyi z oformlennya materialiv pro administratyvni pravoporushennya posadovymy osobamy Ministerstva finansiv Ukrainy [On the approval of the Instructions for filing materials on administrative offenses by officials of the Ministry of Finance of Ukraine]: Nakaz Ministerstva finansiv Ukrainy vid 18.01.2018 № 14 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0159-18#Text>> data zvernennia 15.02.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

ARTICLES

4. Blikhar M M, Finansovo-pravova vidpovidalnist subyektiv investytsiynoyi diyalnosti [Financial and legal responsibility of subjects of investment activity] (2017) 865 *Visnyk Natsionalnoho universytetu «Lvivska politekhnika»* 169–176 [in Ukrainian].

5. Tykhonova O V, Osoblyvosti prytyahennya do yurydychnoyi vidpovidalnosti za porushennya pravyl finansovoho monitorynhu [Peculiarities of bringing legal responsibility for violation of financial monitoring rules] (2011) 4 *Chasopys Kyivskoho universytetu prava* 164–167 [in Ukrainian].

6. Vazhynskyy V M, Ponyattya mekhanizmu administratyvno-pravovoyi okhorony suspilnykh interesiv u diyalnosti instytutynnykh investoriv [Concept of the mechanism of administrative and legal protection of public interests in the activities of institutional investors] (2021) 3–4 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 92–99. DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2021.3-4/92-99> [in Ukrainian].

7. Zvirko O YE, Vidpovidalnist pratsivnykiv banku za porushennya vymoh zakonodavstva pro zapobihannya ta protydyu lehalizatsiyi (vidmyvannyu) dokhodiv, oderzhanykh zlochynnym shlyakhom, ta finansuvannya terorizmu [Liability of bank employees for violation of the requirements of the legislation on prevention and countermeasures against the legalization (laundering) of proceeds obtained through crime and the financing of terrorism] (2007) 22 *Problemy i perspektyvy rozvytku bankivskoyi systemy Ukrainy: zb. nauk. prats* 92–197 [in Ukrainian].

AUTHORED BOOKS

8. Averyanov V V, *Vykonavcha vlada i administratyvne pravo* [Executive power and administrative law] (Kyiv, 2002) 77–99 [in Ukrainian].

9. Kolpakov V, Hordeev V, *Teoriya administratyvnoho prostupku* [Theory of an administrative offense]: monohrafiya (Kharkiv: Kharkiv yurydychnyy», 2016) 344 [in Ukrainian].

Vazhynskyy V.M.

Candidate of Law (PhD),

Associate Professor of the Department of Law and Humanities

Ivano-Frankivsk branch of Open International University of Human Development «Ukraine»

ORCID ID: 0000-0003-4081-2954

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/173-184>

УДК 342.951

CLASSIFICATION OF ADMINISTRATIVE OFFENSES COMMITTED IN THE SPHERE OF ACTIVITIES OF INSTITUTIONAL INVESTORS

Abstract. *The article is devoted to identifying and classifying administrative offenses committed in the sphere of activity of institutional investors.*

The offense is inextricably linked to the emergence of contradictions between the interests of society (and the state because the interests of the state and society in a welfare state coincide) and

business, in connection with which an institutional investor can put his interests above public ones and thus encroach on the established and guaranteed state law and order in this area. In essence, the offense is the legal fact that gives rise to the transformation of the legal relationship of protection to the legal relationship of protection of the rights and freedoms and legitimate interests of natural persons-investors. At the same time, if protection can be provided by various state bodies, public institutions, or even the institutional investor himself, then in the event of a crime, the state comes first, which has the exclusive right to use coercion against the offender.

A legal analysis of the articles of the Special Part of the Code of Administrative Offenses of Ukraine confirms that no provisions directly provide for responsibility in the sphere of activity of institutional investors in particular or investment activity in general. On the other hand, the Code of Administrative Offenses has many offenses in the field of financial activity, which, among other things, concern the activities of institutional investors. The author proposed to classify them on specific grounds: by the field of activity in which they are committed, entities that have the right to draw up protocols on administrative offenses, and entities that have the right to consider cases on administrative offenses.

Key words: *investment activity, institutional investor, public interest, administrative offense, administrative protection, administrative responsibility.*

Топорецька З.М.

доктор юридичних наук, доцент
провідний науковий співробітник
наукової лабораторії № 1
науково-організаційного центру
Національної академії Служби безпеки України
ORCID ID: 0000-0002-2441-4852

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/185-192>

УДК 347.73

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ЛЕГАЛІЗАЦІЇ ГРАЛЬНОГО БІЗНЕСУ ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ УКРАЇНИ

Анотація. У статті розглядається питання зарубіжного досвіду інших країн в питаннях легалізації грального бізнесу і обґрунтовується необхідність його врахування в Україні.

Метою статті визначено вивчення зарубіжного досвіду легалізації грального бізнесу та обґрунтування найбільш вдалих для України прикладів щодо організації державної моделі організації та проведення азартних ігор.

Під час проведення дослідження автором використано діалектичний метод пізнання явищ об'єктивної дійсності, загальнонаукові методи дослідження – теоретичні логічні методи (аналіз, синтез, індукція, дедукція, аналогія), емпіричні (експеримент, спостереження, опис) та спеціальні юридичні методи – формально-логічний, порівняльно-правовий, структурно-організаційний та структурно-функціональний, історичний. В процесі дослідження автор зазначає, що у світі існують три основні моделі державного регулювання грального бізнесу: заборона грального бізнесу; дозвіл на проведення азартних ігор без обмежень, проте встановлення певних кваліфікаційних, організаційних, фінансових та інших вимог; державна монополія на організацію та проведення азартних ігор.

Робиться висновок, що найбільш вдалою моделлю для України є державна монополія на гральний бізнес, яка буде реалізована через обмеження максимальної кількості гральних закладів шляхом дозволу на їх розміщення лише в готелях категорії п'ять зірок.

Ключові слова: гральний бізнес, державна монополія, азартні ігри, державне регулювання.

Постановка проблеми.
В Україні впродовж десяти років був заборонений гральний бізнес. Весь цей час в державі спостерігається негативна тенденція, пов'язана з його заборонаю. Так, в державі масового поширення набули нелегальні гральні заклади, де люди, отримували необмежений та безконтрольний доступ до будь-яких азартних ігор, а самі ігри проводяться без будь-яких правил та обмежень. В результа-

ті цього гравці втягувались в гральну залежність та в подальшому – боргову залежність. Це призводило до масового отримання гравцями «швидких» кредитів, затягування в боргову яму та поширення злочинності серед гравців з метою отримання коштів на погашення боргів та на продовження азартних ігор.

У всіх без винятку країнах Європи гральний бізнес дозволено та проводиться за певними правилами. Україна, підписавши Угоду про асоціацію з ЄС,

взяла на себе ряд зобов'язань щодо введення національного законодавства у відповідність до законодавства ЄС. Хоча Угода прямо не містила зобов'язань щодо правил та умов легалізації грального бізнесу, але гральний бізнес в ЄС відноситься до сфери правового регулювання законодавства про компанії, яка відповідно до Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»¹ від 18 березня 2004 року № 1629-IV належить до пріоритетних сфер, в яких здійснюється адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу.

Крім того, Україною 02.03.2017 року підтверджено свої зобов'язання стосовно реалізації політики та виконання завдань економічної програми, що підтримується у межах угоди з Міжнародним валютним фондом про Механізм розширеного фінансування (EFF), та визначено подальші етапи політики на виконання цих завдань в Меморандумі про економічну і фінансову політику (МЕФП) від 27 лютого та 21 липня 2015 року, 1 вересня 2016 року, березня 2017 року. Зокрема, пунктом 19 розділу D «Фіскальна політика» Додатка 1 до Меморандуму про економічну і фінансову політику визначено, що ми «легалізуємо видобуток бурштину та азартні ігри, що сприятиме додатковим надходженням до бюджету, не пізніше ніж у 2018 році»².

Проте Україна спромоглась зробити перший крок у легалізації грального бізнесу лише у 2020 році з прийняттям Закону «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор». На підставі цього Зако-

ну в Україні створено регулятор ринку грального бізнесу – Комісію з регулювання азартних ігор та лотерей, а також видано ліцензії організаторам грального бізнесу. Проте в державі досі немає комплексного бачення моделі державного регулювання, управління цим ринком, а сам Закон є недосконалим.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Дорогих В.М. першим в Україні провів на рівні дисертаційного дослідження у 2004 році провів комплексне дослідження питання адміністративно-правового регулювання грального бізнесу. Вказана робота була вкрай цінною в той час, оскільки як ми зазначили вище, в цей період гральний бізнес розвивався безконтрольно без будь-яких дієвих засобів державного регулювання. Автор в роботі чітко вказував на те, що основою попередження незаконної організації грального бізнесу, нелегальних азартних ігор і виявлення порушень має бути законодавче регулювання грального бізнесу, а також активізація роботи органів внутрішніх справ, податкової адміністрації, у т.ч. податкової міліції й інших органів контролю за діяльністю юридичних і фізичних осіб гральної індустрії³. Проте у 2009 році гральний бізнес було заборонено в Україні. Майданик Н.І. досліджував цивільно-правову природу договору азартних ігор⁴, Гетманцев Д.О. обґрунтовував необхідність врегулювання грального бізнесу за допомогою імперативних методів фінансового права, а не диспозитивних методів цивільного права⁵. У 2014 році опублікована робота, присвячена історії та правовому регулюванню грального бізнесу⁶.

¹ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 № 1629-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1629-15#Text>> дата звернення 03.04.2023.

² Звіт за результатами дослідження ринку з випуску та проведення лотерей, схвалено 22.02.2018, протокол № 13: Антимонопольний комітет України <https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/Docs/doslidzhennya_rynkiv/%D0%97%D0%B2%D1%96%D1%82%20%D0%BB%D0%BE%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%B5%D1%97.pdf> дата звернення 03.04.2023.

³ В Дорогих, Адміністративно-правове регулювання грального бізнесу в Україні (дис. канд. юрид. наук: 12.00.07, Національна академія держ. податкової служби України. Ірпінь, 2004) 225.

⁴ Н Майданик, Договори азартної гри в цивільному праві України: монографія (Київ, Юстиніан, 2007) 264.

⁵ Д Гетманцев, Азартна гра в Україні та за кордоном. Нарис сучасної теорії правового регулювання ігор на гроші: монографія (Київ, СЕЕМ Принт, 2008) 209.

⁶ М А Погорецький, З М Топорецька, Гральний бізнес: історія та правове регулювання (Київ, ВД «Дакор», 2014) 104.

Оскільки в 2009 році гральний бізнес в нашій країні було заборонено, більшість дисертаційних досліджень присвячувались боротьбі з незаконним гральним бізнесом: Філютович-Герасименко В. С. розглядав питання адміністративно-правових засад протидії незаконному гральному бізнесу¹, Петричко Н.О. досліджувала питання кримінально-правового та кримінологічного дослідження незаконних азартних ігор², Савченко А.В. звертав увагу на кримінально-правову кваліфікацію нелегального грального бізнесу³, Рябчук С.В. розглядав кримінологічну характеристику та запобігання незаконному гральному бізнесу⁴, Низка робіт присвячені дослідженню питань особливостей виявлення та розслідування зайняття гральним бізнесом⁵.

Про необхідність легалізації грального бізнесу говорять різні науковці, зокрема, Гетманцев Д.О., Китун А.П., Лиськов М.О. Погорецький М.А., Сергієнко І.В., Сперкач Н.А., Хорольський Р.Б. та інші. Проте питання обрання державної моделі організації та проведення азартних ігор в Україні, особливості державного регулювання цього виду бізнесу залишаються недостатньо дослідженими.

Метою цієї статті є вивчення зарубіжного досвіду легалізації грального бізнесу та обґрунтування найбільш вдалих для України прикладів щодо організації державної моделі організації та проведення азартних ігор.

Методологія дослідження. У роботі застосовувався діалектичний метод пізнання явищ об'єктивної дійсності, за-

гальнонаукові методи дослідження – теоретичні логічні методи (аналіз, синтез, індукція, дедукція, аналогія), емпіричні (експеримент, спостереження, опис) та спеціальні юридичні методи – формально-логічний, порівняльно-правовий, структурно-організаційний та структурно-функціональний, історичний.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Не дивлячись на негативне ставлення суспільства до азартних ігор та підтримання їх заборони в Україні ми завжди підтримували ідею необхідності їх відповідальної легалізації.

У світі існують три основні моделі публічного управління ринком грального бізнесу, від яких залежить державне регулювання окремих видів грального бізнесу:

1) заборона на організацію грального бізнесу (Китай (крім Макао), Афганістан, Пакистан, Саудівська Аравія, Іран, Бахрейн, Азербайджан, Ісландія, Бразилія, Індонезія, Таїланд, Алжир, Лівія, Судан, Центральнo-Африканська республіка та інші). Проте частина з цих країн розглядає питання щодо можливості легалізації та суворого врегулювання діяльності в сфері грального бізнесу для туристів. Тобто більшість країн, у яких діє заборона грального бізнесу, є мусульманськими країнами, заборона грального бізнесу обумовлена релігійними традиціями суспільства. При цьому, ряд мусульманських країн в останні роки послаблюють абсолютну заборону грального бізнесу на користь розвитку туризму, дозволяючи відкриття наземних казино виключно для туристів (Єги-

¹ В Філютович-Герасименко, Адміністративно-правові засади протидії незаконному гральному бізнесу в Україні (автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.07, Харк. нац. ун-т внутр. справ, Харків, 2016) 22.

² Н Петричко, Незаконні азартні ігри: кримінально-правове та кримінологічне дослідження (дис. канд. юрид. наук: 12.00.08, Київ, 2010) 258.

³ А Савченко, Кримінально-правова кваліфікація незаконних азартних ігор (2010) 1 (112) *Адвокат* 40–44.

⁴ С Рябчук, Кримінологічна характеристика та запобігання гральному бізнесу (дис. канд. юрид. наук, Харків, 2018) 218.

⁵ З Топорецька, Особливості розслідування зайняття гральним бізнесом (автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.09, Київ, 2012) 19; М А Погорецький, З М Топорецька, Використання матеріалів оперативного-розшукової діяльності на початковому етапі досудового розслідування зайняття гральним бізнесом (2013) 3 (31) *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 215–225; М А Погорецький, З М Топорецька, Розслідування зайняття гральним бізнесом: процесуальні й криміналістичні засади: монографія (Київ, Алерта, 2015) 226.

пет має близько 25 казино лише для туристів, в Туреччині казино заборонені, тому для багатьох туристів передбачено туристичні екскурсії на північну частину Кіпру, де можна вільно пограти в азартні ігри в казино, Монголія, В'єтнам, Камбоджа, Північна Корея тощо дозволяють азартні ігри лише для іноземців¹);

2) дозвіл на проведення азартних ігор без обмежень, проте встановлення певних кваліфікаційних, організаційних, фінансових та інших вимог (Україна до 2009 року, Мальта, Гібралтар, Монако).

Підвидом цієї моделі публічного управління є дозвіл проведення азартних ігор без будь-яких серйозних обмежень лише на певній території держави, а не будь-де (окремі штати США, Макао, Індія, Лаос, Малайзія, Південна Корея, Перу, Парагвай, Уругвай).

При такій моделі публічного управління як правило передбачено отримання певного дозволу чи ліцензії, контроль за ринком як правило передбачає лише нагляд за дотриманням ліцензійних умов, кількість ліцензіатів не обмежується, а самі ліцензії отримати досить легко. Більшість цих країн свідомо обрали таку модель і на сьогодні є центрами гральної індустрії.

Зокрема, обсяг обороту наземного грального ринку в Макао фактично займає половину світового обороту грального ринку, зокрема дохід казино в Макао втричі перевищує доходи казино в Лас-Вегасі. Цього вдалось досягнути у тому числі за рахунок відсутності податку на вигреш в азартну гру в Макао. У 2014 році доходи від податку на ігровий бізнес становили 84% загальних надходжень до бюджету Макао.

3) встановлення державної монополії на організацію та проведення азартних ігор, яка проявляється в різних формах (практично всі країни ЄС: Франція, Фінляндія, Данія, Австрія, Велика Британія, та ін.) – абсолютна державна монополія, державна монополія приватної компа-

нії, олігополія, обмеження максимальної кількості гральних закладів, обмеження дозволених видів азартних ігор тощо.

Перша модель публічного управління – повна заборона грального бізнесу, несе ряд недоліків та проблем для держави, зокрема:

а) гральний бізнес переходить в тіньову сферу і є інструментом в тому числі фінансування злочинної діяльності, а тому в державі з повною забороною грального бізнесу, як правило, зростає рівень злочинності;

б) зростає рівень корупції в правоохоронних органах, оскільки заборона грального бізнесу впроваджується одночасно з введенням кримінальної відповідальності за його організацію, а тому організатори азартних ігор використовують корупційні зв'язки в правоохоронних та інших органах за для прикриття злочинної діяльності;

в) зменшується ринки суміжних галузей – туризм, готельна справ, конярство та діяльність іподромів, професійного спорту, спортивної аналітики та спортивних ЗМІ. Значна частина туристів (особливо з країн, в яких гральний бізнес заборонено) проїждять з метою участі в азартних іграх. Азартні ігри в системі світового туризму завжди займали провідне місце. Відповідно заборона грального бізнесу в одній країні означає підйом (збільшення ринку) грального бізнесу в сусідніх країнах та збільшення туризму в таких країнах, тобто є стимулом економічного розвитку для сусідніх країн. Свого часу за таким принципом розвивалась Грузія;

г) зменшуються прямі надходження до державного бюджету країни від організаторів азартних ігор у зв'язку з забороною грального бізнесу, а також зменшуються надходження до бюджету від суміжних галузей, насамперед готельна діяльність та туризм;

д) суспільство не захищене від ризиків формування гральної залежності.

¹ Gambling Laws Around the World <<https://www.keytocasinos.com/gambling-laws-around-the-world>> дата звернення: 03.04.2023.

Захистити вразливу частину суспільства від ризиків, пов'язаних з виникненням залежності від азартних ігор, можливо лише через врегулювання грального бізнесу і виключно в умовах, коли гральний бізнес працює у правовому полі та за умови дотримання принципів відповідальної гри. Зокрема, в Україні з 2009 до 2020 року гральний бізнес визнавався злочином, а тому гравець фактично виступав як учасник злочину, оскільки без факту гри неможливо було довести факт проведення азартних ігор. Крім того, гравець притягувався до адміністративної відповідальності за участь в заборонених азартних іграх. Відповідно гравець вважався правопорушником, а чинне законодавство України не передбачає можливості доведення факту заподіяння шкоди правопорушнику. Більше того диспозиція ст. 203–2 КК України була сформульована таким чином, що гральний бізнес визнавався злочином у сфері господарської діяльності, а не злочином у сфері громадського порядку та моральності, а тому сама диспозиція статті не передбачала встановлення потерпілого від цього злочину і можливості доказування заподіяння школи психічному зоровою гравця¹.

Цікавим є те, що Україна за період тридцяти років незалежності пройшла кожен з зазначених вище трьох моделей публічного правління, про що нами зазначалось в попередньому розділі. Фактично саме всюдозволеність грального бізнесу в 90-х роках ХХ століття призвела до обрання кардинально іншої моделі публічного управління – повної заборони грального бізнесу в 2009 році. При цьому, за період десяти років Україною було оцінено недоліки повної заборони грального бізнесу, що з урахуванням досвіду держави щодо всюдозволеності грального бізнесу призвело до обрання в 2020 році третьої моделі публічного управління гральним бізнесом.

Досліджуючи другу модель публічного управління, слід зазначити, що саме за такою моделлю організовані найбільші світові ринки грального бізнесу – США та Макао. При обранні другої моделі публічного управління, але її поширення лише на окремі території, держави керувалися метою підтримання та розвитку депресивних регіонів.

Найпоширенішими видами публічного управління ринком грального бізнесу за формою державної монополії є:

- дозвіл на проведення азартних ігор виключно для однієї компанії, яка повністю або частково знаходиться в державній власності (Франція – єдиний оператор Francaise des Jeux для казино), Данія – компанія Danske Spil A/S, 80% якої належить державі, 10% Федерації спорту Данії та 10% Асоціації гімнастики і спорту);

- вільний доступ на ринок азартних ігор для компаній (незалежно від форми власності чи інших показників, при дотриманні організаційних та кваліфікаційних вимог), проте обмеження максимальної кількості гральних закладів, які можуть діяти одночасно на території держави (Данія – не більше дев'яти казино; Словенія обмежила максимальну кількість казино на рівні 15; Велика Британія, прийнявши у 2005 році новий Закон «Про азартні ігри»², обмежила загальну кількість казино, які можуть одночасно діяти в певному регіоні, одним регіональним казино, восьми великими казино та восьми маленькими казино);

- обмеження максимальної кількості суб'єктів, які можуть одночасно діяти на ринку азартних ігор з одночасним обмеженням кількості гральних закладів (Австрія – максимальна кількість, які можуть діяти на території – 12 казино (на сьогодні всі 12 ліцензій видані лише одній компанії Casinos Austria AG, 70% якої належить державі), Фінляндія – діяльністю по проведенню окре-

¹ Детальніше див. З Топорецька, Особливості розслідування зайняття гральним бізнесом (дис к.ю.н.: 12.00.09. Київ, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2012) 225.

² Gambling Act 2005. Modern Law Review, Vol. 70, No. 4, July 2007 University of the West of England Faculty of Law Date Posted: July 9, 2007. Last Revised: August 27, 2007. 256.

мої азартної гри може займатися лише один оператор (1 ліцензія для лотерей, яка знаходиться у власності Veikkaus OY та 1 ліцензія для казино, окремо гральні автомати; Греція – єдиний оператор спортивних ставок та деяких лотерей – OPAP, 34% акцій якого належить державі; єдиний оператор державних тиражних/пасивних лотерей Kratika Laxeia, яка на 100% знаходиться у державній власності та контролюється Міністерством економіки та фінансів; єдиний оператор ставок на скачках ODIE, який знаходиться 100% у державній власності та контролі держави в особі Генерального секретаріату спорту та Міністерства культури; 9 ліцензій для казино, які видають Міністерство економіки та фінансів та Грецької компанії по розвитку туризму (ETA)).

Зараз всі країни Європи мають спеціальне законодавство, яке дає легальне визначення азартної гри та грального бізнесу та встановлює законні рамки в їх діяльності.

Франція тривалий час підтримувала монополію державної компанії. Зокрема, згідно зі ст. 136 Finance Law 1933 монополія на здійснення лотерейної діяльності була надана компанії La Française des Jeux, лише в 2019 р. частину державних акцій було приватизовано, а компанія отримала монопольне право на проведення лотерей та прийняття ставок на спорт на 25 років¹.

Підсумовуючи, зазначимо, що перша та третя моделі публічного управління гральним бізнесом виходять з протекціоністської мети – захист членів суспільства від шкідливого впливу азартних ігор.

При обранні третьої моделі публічного управління держави також керуються принципом суспільного блага, де, держава фактично діючи від імені суспільства та в інтересах суспільства, укладає так званий суспільний договір з організаторами азартних ігор, згідно якого суспільно шкідливий вплив азарт-

них ігор буде компенсовано за рахунок фінансування суспільно корисних цілей (добрих справ).

Проте незалежно від моделі, яку пропонують для регулювання грального бізнесу, всі погоджуються з тим, що він повинен бути обмежений максимальною кількістю суб'єктів, які його організують, максимальною кількістю гральних закладів, або ж окремою територією для того, щоб запобігти його широкій доступності для всіх верств населення. При цьому слід визнати, що всі інші види діяльності, які не виконуватимуть встановлені вимоги, будуть поза законом та визнані такими, що проводять незаконний гральний бізнес як кримінально каране діяння.

Висновки. Без сумніву, як ми вже зазначали, встановлення тотальної заборони на організацію та проведення азартних ігор не вирішить проблему азартних ігор та гральної залежності, оскільки містить ряд негативів для суспільства.

А тому найбільш вдалою моделлю публічного управління є третя – державна монополія на ринок грального бізнесу, яка, враховуючи історичний розвиток країни, особливості суспільства, схильність населення до формування гральної шаленості, ставлення суспільства до азартних ігор, форму державного правління тощо, обирається за окремим із зазначених видів. Крім того, вважаємо за можливе впровадити в Україні і в окремій інтерпретації другу форму публічного управління – створивши окрему гральну зону в депресивному регіоні. Закон передбачає можливість створення за рішенням Кабінету Міністрів України не більше п'яти таких зон.

Вважаємо, що в Україні доцільно внести зміни до прийнятого Закону, дозволивши організацію та проведення наземних азартних ігор лише в казино, а їх кількість обмежити лише готелями найвищої категорії – п'ять зірок. При такій організації грального ринку азартні ігри

¹ La Francaise des Jeux says it takes note of EU probe on exclusive rights. Reuters. <<https://www.reuters.com/companies/fdj.pa/key-developments>> дата звернення 03.04.2023.

принесуть значну користь суспільству і державі, оскільки стануть лише розвагою для забезпечених людей, сприятимуть розвитку туризму та розвитку якіс-

ної готельної інфраструктури. В готелях нижчої категорії чи в окремих будівлях наземний гральний бізнес слід дозволити лише у спеціальних гральних зонах.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Pro Zahalnoderzhavnu prohramu adaptatsiyi zakonodavstva Ukrayiny do zakonodavstva Yevropeyskoho Soyuzu Zakon Ukrayiny [On the National Program for Adaptation of the Legislation of Ukraine to the Legislation of the European Union Law on Ukraine] vid 18.03.2004 № 1629-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1629-15#Text>> data zvernennya 03.04.2023 [in Ukrainian].

2. Gambling Act 2005. Modern Law Review, Vol. 70, No. 4, July 2007 University of the West of England Faculty of Law Date Posted: July 9, 2007. Last Revised: August 27, 2007. 256.

BIBLIOGRAPHY

AUTHORED BOOKS

3. Getmantsev D, *Azartna hra v Ukrayini ta za kordonom. Narys suchasnoyi teoriiyi pravovoho rehulyuvannya ihor na hroshi* [Gambling in Ukraine and abroad. Essay on the modern theory of legal regulation of games of chance] (K., SEEM Print, 2008) 209 [in Ukrainian].

4. Maydanyk N, *Dohovory azartnoyi hry v tsyvilnomu pravi Ukrayiny* [Contracts of gambling in the civil law of Ukraine] (K., Yustynian, 2007) 264 [in Ukrainian].

5. Pohoretskyi M A, Toporetska Z M, *Hralnyi biznes: istoriia ta pravove rehulivannya* [Gambling business: history and legal regulation] (Kyiv, VD «Dakor», 2014) 104 [in Ukrainian].

6. Pohoretskyi M A, Toporetska Z M, *Rozsliduvannya zainiattia hralnym biznesom: protsesualni y kriminalistychni zasady* [Investigating employment in gambling business: procedural and forensic principles] (Kyiv, Alerta, 2015) 226 [in Ukrainian].

ARTICLES

7. Savchenko A, Kryminalno-pravova kvalifikatsiya nezakonnnykh azartnykh ihor [Criminal qualification of illegal gambling] (2010) 1 (112) *Advokat* 40–44 [in Ukrainian].

8. Pohoretskyi M A, Toporetska Z M, Vykorystannia materialiv operatyvno-rozshukovoi diialnosti na pochatkovomu etapi dosudovoho rozsliduvannya zainiattia hralnym biznesom [Use of materials of investigative activity at the initial stage of pre-trial investigation of gambling business] (2013) 3 (31) *Borotba z orhanizovanoiu zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 215–225 [in Ukrainian].

THESIS ABSTRACTS

9. Toporetska Z, Osoblyvosti rozsliduvannya zaynyattya hralnym biznesom [Peculiarities of gambling investigation] (avtoref. dys. kand. yuryd. nauk: 12.00.09, Kyiv, 2012) 19 [in Ukrainian].

10. Filyutovych-Herasymenko V, Administratyvno-pravovi zasady protydyi nezakonnomu hralnomu biznesu v Ukrayini [Administrative and legal bases of counteraction to illegal gambling business in Ukraine] (avtoref. dys. kand. yuryd. nauk: 12.00.07, Khark. nats. un-t vnutr. sprav, Kharkiv, 2016) 22 [in Ukrainian].

DISSERTATIONS

11. Dorohykh V, Administratyvno-pravove rehulyuvannya hralnoho biznesu v Ukrayini [Administrative and legal regulation of gambling business in Ukraine] (dys. kand. yuryd. nauk: 12.00.07, Natsionalna akademiya derzh. podatkovoyi sluzhby Ukrayiny. Irpin, 2004) 225. [in Ukrainian].

12. Petrychko N, Nezakonnny azartni hry: kryminalno-pravove ta kryminolohichne doslidzhennya [Illegal gambling: criminal law and criminological research] (dys. kand. yuryd. nauk: 12.00.08, Kyiv, 2010) 258 [in Ukrainian].

13. Ryabchuk S, Kryminolohichna kharakterystyka ta zapobihannya hralnomu biznesu [Criminological characteristics and prevention of gambling business] (dys. kand. yuryd. nauk, Kharkiv, 2018) 218 [in Ukrainian].

WEBSITES

14. Zvit za rezultatamy doslidzhennia rynku z vypusku ta provedennia loterei, skhvaleno 22.02.2018, protokol № 13 [Report on the results of the market research on the issuance and conduct of lotteries, approved on 22.02.2018, protocol № 13] Antymonopolnyi komitet Ukrainy <https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/Docs/doslidzhennya_rynkiv/%D0%97%D0%B2%D1%96%D1%82%20%D0%BB%D0%BE%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%B5%D1%97.pdf> data zvernennia 03.04.2023 [in Ukrainian].

15. Gambling Laws Around the World <<https://www.keytocasinos.com/gambling-laws-around-the-world>> access date 03.04.2023 [in French]

16. La Francaise des Jeux says it takes note of EU probe on exclusive rights. Reuters. <<https://www.reuters.com/companies/fdj.pa/key-developments>> accessed 03.04.2023 [in French].

Toporetska Z.M.

*Doctor in Law, Associate Professor,
leading researcher*

of scientific laboratory No. 1

*the scientific and organizational center of
the National Academy of the Security Service
of Ukraine*

ORCID ID: 0000-0002-2441-4852

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/185-192>

THE FOREIGN EXPERIENCE OF THE GAMBLING LEGALIZATION AND ITS SIGNIFICANCE FOR UKRAINE

Abstract. *The article considers the issue of foreign experience of other countries in legalizing the gambling business and substantiates the need to take it into account in Ukraine.*

The purpose of the article is to study the foreign experience of legalizing the gambling business and to substantiate the most successful examples for Ukraine regarding the organization of the state model of the organization and conduct of gambling.

During the research the author used the dialectical method of cognition of the phenomena of objective reality, general scientific research methods – theoretical logical methods (analysis, synthesis, induction, deduction, analogy), empirical (experiment, observation, description) and special legal methods – formal-logical, comparative law, structural-organizational and structural-functional, historical.

In the process of research, the author notes that in the world there are three main models of state regulation of gambling: the prohibition of gambling; permission to conduct gambling without restrictions, but the establishment of certain qualification, organizational, financial and other requirements; state monopoly on the organization and conduct of gambling.

It is concluded that the most successful model for Ukraine is the state monopoly on gambling, which will be implemented by limiting the maximum number of gambling establishments by allowing them to be placed only in five-star hotels.

Key words: *gambling business, state monopoly, gambling, state regulation.*

V. ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

*Карвацький А. М.,
аспірант кафедри кримінального процесу
та криміналістики Інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
ORCID ID: 0000–0002–5365–8303*

*Науковий керівник:
Сегєєва Д. Б.,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
професор кафедри кримінального процесу та криміналістики
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, адвокат*

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/193-200>

УДК 343.985.5

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОЧАТКУ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В УМОВАХ НАДЗВИЧАЙНИХ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню питань правового регулювання початку досудового розслідування в умовах надзвичайного та воєнного станів.

Метою цієї статті є дослідження особливостей правового регулювання та проблемних питань початку досудового розслідування в умовах надзвичайного та воєнного станів.

Автором досліджені особливості правового регулювання та процесуальної форми початку досудового розслідування в умовах надзвичайних правових режимів (воєнного та надзвичайного станів).

Встановлено, що «загальне» нормативне регулювання початку досудового розслідування має ряд недоліків та не завжди узгоджується з рекомендаціями криміналістичної тактики. При цьому «спеціальне» нормативне регулювання не вирішує даних проблем та, як демонструє автор, породжує нові, не сприяючи оперативному вирішенню завдань кримінального провадження на початку досудового розслідування.

Зазначається, що принцип «публічності», визначений у кримінальному процесуальному законі не може і не повинен бути перешкодою для відмови від формалізованих вимог та врахування інтересів досудового розслідування, особливо враховуючи безпекову ситуацію, яка складається на початку досудового розслідування.

Пропонується провести подальші дослідження, завдання яких є: аналіз типових тактичних ситуацій, у яких опиняється уповноважена служба особа, отримавши інформацію, яка може свідчити про вчинення кримінального правопорушення у разі, якщо місце події та/або потерпілий, та/або більшість свідків знаходяться на території, на якій діє надзвичайний правовий режим та існують реальні загрози втрати можливості отримання доказів; вивчен-

ня доцільності у таких випадках розширення переліку слідчих (розшукових) дій, які можуть бути вчинені до «офіційного» початку досудового розслідування і з'ясування того, які саме це можуть бути слідчі (розшукові) дії.

Ключові слова: початок досудового розслідування, надзвичайний стан, воєнний стан.

Постановка проблеми.

24 лютого 2022 року був прийнятий Закон України «Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні»». Повномасштабне російське вторгнення в Україну та ведення правового режиму воєнного стану потягнуло за собою ряд змін в українському законодавстві, оскільки виникла необхідність оперативного реагування на обставини, що динамічно змінювалися. Дана ситуація не могла не відобразитися на кримінальному процесуальному законодавстві, оскільки оперативність кримінального провадження стала одним із ключових пріоритетів. Відповідних змін зазнало нормативне регулювання початку досудового розслідування, а конкретно – його процесуальна форма. Хоча поки що зарано вести мову про довгострокові наслідки нового правового регулювання, передбаченого у Розділі IX¹ Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК)¹, можна уже оцінити самі підходи до особливостей початку досудового розслідування в умовах воєнного стану, передбачені п. 1 ч. 1 ст. 615 КПК, які, на нашу думку, потребують удосконалення.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій.

Проблеми нормативного регулювання початку досудового розслідування, у тому числі й у умовах воєнного стану на території України досліджувалися І. Гловюк, В. Завтуром, Т. Лоскутовим, М. Погорецьким, Д. Сергєєвою, О. Федоровим та ін.

Разом із тим, проблеми даного регулювання потребують подальшої наукової розробки.

Метою цієї статті є дослідження особливостей правового регулювання та проблемних питань початку досудового розслідування в умовах надзвичайного та воєнного станів.

Виклад основного матеріалу дослідження та його основні результати.

Успішність розкриття, розслідування та судового розгляду будь-якого кримінального правопорушення, як обґрунтовано доводять фахівці, багато в чому залежить від правильного професійного процесуального оформлення його початкового етапу, а також виконання завдань кримінального провадження, які властиві цьому етапу².

Так званий «автоматичний» початок досудового розслідування, який пов'язується із внесенням відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР), що замінило собою винесення постанови про порушення кримінальної справи – одна із новел КПК 2012 року. Однією із причин такої новели у процесуальній формі була необхідність протидії практикам приховування фактів кримінальних правопорушень. Дане традиційно вважається виявом принципу публічності (п. 18 ч. 1 ст. 7 КПК).

Так, Л. Карабут у своєму дослідженні порівнює принцип публічності та поняття «офіційність», стверджуючи про їх тотожність³. Фактично, реєстраційні дії у ЄРДР, вчинені уповноваженою особою – це і є офіційний початок досудового розслідування. Утім, до вчинення

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI <<http://zakon5.gada.gov.ua/laws/show/4651-17>> дата звернення 07.05.2023.

² М А Погорецький, Початок досудового розслідування: окремі проблемні питання (2015) 1 *Вісник кримінального судочинства* 93.

³ Л В Карабут, Щодо визначення принципу публічності у кримінальному процесі. *Питання боротьби зі злочинністю*: зб. наук. праць / ред. кол. Ю В Баулін та ін. Вип. 13 (Харків, Кроссруд, 2007) 178–189.

таких реєстраційних дій може проводитися цілий ряд слідчих (розшукових) дій, перелік яких залежить від того – що саме було вчинено – злочин чи кримінальний проступок.

Т. Мирошниченко також звертає увагу на те, що на початковому етапі кримінального провадження принцип публічності знаходить своє відображення у обов'язку слідчого, прокурора прийняти та зареєструвати, внести до ЄРДР заяву про кримінальне правопорушення¹.

Слід звернути увагу на те, що за чинним КПК України 24-х годинний термін – це не перевірка заяв та повідомлень про кримінальне правопорушення, а лише внесення відповідних відомостей до ЄРДР. До внесення зазначених відомостей до ЄРДР чинний КПК передбачає проведення лише у невідкладних випадках огляду місця події (ч. 3 ст. 214). Виходячи з результатів аналізу матеріалів практики, вважаємо, що 24-х годинний термін для внесення відповідних відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР є цілком обґрунтованим та не потребує збільшення.

Для перевірки заяв та повідомлень про кримінальне правопорушення після внесення відповідних відомостей до ЄРДР чинний КПК допускає проведення за наявності відповідних приводів та підстав усього комплексу процесуальних засобів: слідчих (розшукових) дій (гл. 20), у тому числі й негласних (гл. 21 КПК), заходів забезпечення кримінального провадження (Розділ II КПК)².

У невідкладних випадках, відповідно до ч. 3 ст. 214 КПК, до внесення відомостей до ЄРДР може бути проведений огляд місця події (відомості вносяться невідкладно після завершення огляду). Є всі підстави стверджувати, що «невідкладність» кожного конкретного випадку визначається дискрецією особи, уповноваженої на внесення відомостей

до ЄРДР. На нашу думку, основну роль у прийнятті відповідного рішення відіграють інтереси криміналістичної тактики, найперше – врахування загрози втрати слідів кримінального правопорушення. Заборона ж проводити будь-які інші слідчі (розшукові) дії до реєстрації відомостей про кримінальне правопорушення у ЄРДР хоча, як вказано вище, вважається реалізацією принципу публічності (а, отже, перехід у так би мовити «офіційну площину»), дане не завжди сприяє слідуванню рекомендаціям криміналістичної тактики, а інколи – і прямо протирічить їм.

Не важко змодельовати ситуацію, коли інтереси досудового розслідування вимагають провести невідкладний допит свідків. Скажімо, кримінальне правопорушення вчинено у вагоні поїзда і важливо негайно зафіксувати показання свідків у протоколі допиту. Інший можливий приклад – існує загроза життя свідку, показання якого критично важливі. В обох випадках виникає перешкода у вигляді відсутності повноваження зафіксувати показання у належній процесуальній формі поки відомості про кримінальне правопорушення не зареєстровані у ЄРДР. Те ж твердження справедливе і тоді, коли йде мова про фіксування показань потерпілого.

Практиці відомі два шляхи вирішення даної проблеми – обидва мають свої недоліки. Перший – фіксування показань як «пояснення» (при цьому в кращому випадку особі, у якої відбирають таке «пояснення» роз'яснюють її право, передбачене ст. 63 Конституції України). Звісно, в даному випадку відсутні будь-які підстави вести мову про такі «свідчення» як про доказ. Зазвичай, дані, які фіксуються у поясненні, носять орієнтувальний характер – особа, уповноважена проводити досудове розслідування, фіксує для себе певні важливі дані, які

¹ Т. М. Мирошниченко, *Окремі питання реалізації засади публічності у процесі кримінального процесуально-го доказування* (2018) *Науковий вісник публічного і приватного права* <<http://www.nvppp.in.ua/vip/2018/2/57.pdf>> дата звернення 07.05.2023.

² М. А. Погорецький, *Початок досудового розслідування: окремі проблемні питання* (2015) 1 *Вісник кримінального судочинства* 101.

допомагають йому: а) встановити інформацію, яка може бути використана ним негайно (державні номерні знаки транспортного засобу або маршрут пересування певної особи) і б) ідентифікаційні та контактні дані особи, яку в подальшому потрібно викликати для відібрання показань у якості свідка чи потерпілого.

Другий – фіксувати показання у відповідному протоколі допиту (свідка чи потерпілого) до реєстрації відомостей про кримінальне правопорушення (тобто окремі дані у протоколі, як-то час проведення слідчої дії, реєстраційний номер кримінального провадження вносяться до протоколу не у момент її проведення, а після реєстрації провадження у ЄРДР – що є порушенням кримінального процесуального закону).

Таким чином обидва шляхи можна вважати швидше негативною практикою, при чому останній – ще і явним порушенням закону. Утім, як це зазначено вище, дані практики радше можна розглядати як наслідок недосконалість правового регулювання. При цьому, звісно, питання розширення переліку слідчих (розшукових) дій, які дозволяється проводити до реєстрації відомостей про кримінальне правопорушення у ЄРДР, досі залишається предметом наукових дискусій.

Варто в контексті цього зазначити, що з початком функціонування інституту кримінальних проступків, перелік слідчих (розшукових) дій до реєстрації провадження у ЄРДР усе ж піддався розширенню і, на нашу думку, не в останню чергу цьому сприяли міркування оперативності кримінального провадження, а відтак – криміналістичної тактики. По суті дане сприяє розкриттю кримінальних проступків «по гарячим слідам».

Для з'ясування обставин вчинення кримінального проступку до внесення відомостей до ЄРДР, відповідно до ч. 3 ст. 214 КПК може бути:

- 1) відібрано пояснення;
- 2) проведено медичне освідчування;

3) отримано висновок спеціаліста і знято показання технічних приладів та технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, чи засобів фото- і кінозйомки, відеозапису;

4) вилучено знаряддя і засоби вчинення кримінального проступку, речі і документи, що є безпосереднім предметом кримінального проступку, або які виявлені під час затримання особи, особистого огляду або огляду речей.

Як бачимо, неформальна практика відібрання пояснень була легалізована в інституті кримінальних проступків, тим не менш процесуальна форма такого документу так і не була розкрита.

Однак, ще більш кардинальних змін зазнала стадія початку досудового розслідування зі зростанням загрози військового вторгнення на територію України. Ще у 2014 році Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції» № 1631-VII від 12.08.2014 КПК доповнено розділом IX¹ «Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції». У ст. 615 КПК було передбачено делегування ряду повноважень слідчого судді прокурору. Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо порядку скасування запобіжного заходу для проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період або його зміни з інших підстав» № 2125-IX від 15.03.2022 було змінена назва розділу IX¹ КПК на «Особливий режим досудового розслідування, судового розгляду в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції чи заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації та / або інших держав проти України».

Вносячи вищевказані зміни у КПК України, Верховна Рада України, очевидно, мала на меті врегулювати окремі питання кримінальної процесуальної діяльності в умовах різних правових режимів, передбачаючи труднощі, з якими доведеться зіткнутися уповноваженим особам на практиці. І. Гловюк у своєму науковому коментарі до нової редакції ст. 615 КПК, серед таких труднощів справедливо виділяє наступні: вихід комп'ютерного, мережевого обладнання з ладу, перебої з електроенергією та зв'язком, Інтернетом, відсутність доступу до них, проблеми з транспортом, блокування та захоплення адміністративних будівель, відсутність доступу до певних територій тощо (що може призвести до неможливості протягом тривалого часу внести відомості до ЄРДР).

Так, відповідно до ст. 615 КПК у разі введення воєнного стану та якщо відсутня технічна можливість доступу до ЄРДР – рішення про початок досудового розслідування приймає дізнавач, слідчий, прокурор, про що виноситься відповідна постанова, яка повинна містити відомості, передбачені ч. 5 ст. 214 КПК. У невідкладних випадках до винесення дізнавачем, слідчим, прокурором постанови про початок досудового розслідування може бути проведений огляд місця події (постанова приймається невідкладно після завершення огляду).

Таким чином процесуальна форма початку досудового розслідування (за визначених умов) зазнає зміни і передбачає винесення відповідної постанови уповноваженою особою. Дане, на нашу думку, не суперечить положенням про те, що слідчий уповноважений починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених КПК (п. 1 ч. 1 ст. 40) та повноваженню слідчого приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК (п. 8 ч. 2 ст. 40). Те ж твердження залишається справедливим і щодо процесуальних повноважень про-

курора: починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених КПК (п. 1 ч. 2 ст. 36), приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК (п. 9 ч. 2 ст. 36) та дізнавача.

Фактично, тут мова йде про процесуальне рішення: у ч. 3 ст. 110 КПК передбачено, що рішення слідчого, дізнавача, прокурора приймається у формі постанови. Постанова виноситься у випадках, передбачених КПК, а також коли слідчий, дізнавач, прокурор визнає це за необхідне. У мотивувальній частині постанови про початок досудового розслідування вказуються відомості про кримінальне правопорушення, кримінально-правова кваліфікація (зазначення статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність), особливістю є лише необхідність обґрунтувати відсутність технічної можливості внесення відомостей до ЄРДР.

При цьому, як слушно зазначає І. Гловюк у науковому коментарі: тлумачення п. 1 ч. 1 ст. 615 КПК дозволяє констатувати, що її положення не скасовують вимог ч.ч. 6, 7, 9 ст. 214 КПК¹.

Утім, навіть реагуючи на можливі труднощі у дотриманні «загальної процедури» початку досудового розслідування в умовах дії надзвичайних правових режимів (маються на увазі правові режими надзвичайного та воєнного стану), розробники відповідних законодавчих змін, по суті врахували лише технічну неможливість негайного внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. При цьому залишається відкритим питання щодо забезпечення оперативності кримінального провадження. Адже сама по собі «паперова форма» початку кримінального провадження – тобто шляхом винесення відповідної постанови по-перше, також потребує часових затрат, по-друге, це вимагає дотримання і певних процесуальних вимог, в тому числі такої як виготовлення на офіційному бланку.

¹ Науковий коментар до Розділу IX-1 КПК України / І В Гловюк, Г К Тетерятник, В В Рогальська, В А Завтур (2022) <<https://drive.google.com/file/d/1Ts6JWQvHDxxSdqfzKmHCwDlyRy3OGWVu/view>> дата звернення 07.05.2023.

До внесення відповідних законодавчих новел, Верховний Суд в інформаційному листі № 1/0/2–22 від 03.03.2022 вказував про можливість винесення постанови про початок досудового розслідування¹. Верховний Суд вказував, що в разі неможливості формування витягу із ЄРДР інформація про реєстрацію кримінального правопорушення та початок досудового розслідування може бути підтверджена мотивованою постановою органу досудового розслідування про початок досудового розслідування, яка має містити всі відомості, визначені ст. 214 КПК України (йдеться про ч. 5 ст. 214 КПК).

І знову мова йде виключно про допустимість проведення огляду місця події і лише у невідкладних випадках (постанова приймається невідкладно після завершення огляду). При цьому слід врахувати, що за певних несприятливих умов, про які вже зазначалося вище (вихід із ладу комп'ютерного обладнання, перебої із електропостачанням, захоплення адміністративних будівель або загроза такого захоплення тощо) може цілком стати обставиною об'єктивної дійсності, яка стоятиме на заваді виготовленню постанови про початок досудового розслідування відповідно до вказаних вище процесуальних вимог. При цьому весь процес досудового розслідування не рухається.

Поділяємо думку Т. Лоскутова про те, що «внаслідок неможливості проведення початкової процесуальної діяльності (окрім огляду місця події) без прийняття формальної паперової постанови про початок досудового розслідування може втрачатися важлива слідова інформація про обставини вчиненого кримінального правопорушення та особу, яка вчинила вказане правопо-

рушення. Причому через деякий проміжок часу (іноді незначний) відомості про злочинну діяльність можуть бути спотворені або знищені, що у подальшому взагалі унеможливить отримання фактичних даних про кримінальне правопорушення. У такому випадку важко вести мову про ефективність досудового розслідування, оскільки втрата «оперативності» може ставити під сумнів одержання бажаного результату досудового кримінального провадження у період воєнного стану»².

Фактично, реєстрація кримінального провадження стає «допуском до слідчих дій», як свого часу влучно зауважив Л. Лобойко у своєму дослідженні щодо початку досудового розслідування, вказуючи, що з метою вчасного початку встановлення обставин кримінального правопорушення, про яке отримано інформацію компетентним органом, у КПК не слід закладати перешкоди у вигляді заборони здійснення процесуальних дій до виконання формальних процедур³.

В умовах воєнного чи надзвичайного стану безпекові питання не можуть займати другорядних місць, тому, якщо безпекова ситуація дозволяє проводити невідкладні слідчі (розшукові) дії (а тим паче, якщо ситуація потенційно може погіршитися), логічно надати можливість уповноваженим особам проводити якомога повніший перелік необхідних процесуальних дій. При цьому необхідно зазначити, що якщо таке виключення із загального правила і може мати місце, то виключно в умовах воєнного чи надзвичайного стану і виключно в разі наявності таких умов об'єктивної обставини, які унеможливають спершу винести постанову про початок кримі-

¹ Інформаційний лист Верховного Суду щодо окремих питань здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/war/Inform_lyst_2022_03_03.pdf> дата звернення 07.05.2023.

² Т. О. Лоскутов, Нормативне забезпечення стандартів ефективного досудового розслідування в умовах воєнного стану (2023) *Юридичний науковий електронний журнал* <http://lsej.org.ua/1_2023/109.pdf> дата звернення 17.05.2023.

³ Л. М. Лобойко, Що до підстав і моменту початку досудового розслідування. *Сучасне кримінальне провадження України: доктрина, нормативна регламентація та практика функціонування*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Одеса, 17 квітня 2015 р.). (Одеса, Національний університет «Одеська юридична академія», 2015) 108–110.

нального провадження, а вже потім провадити необхідні слідчі (розшукові) дії.

При цьому прокурор-процесуальний керівник уже уповноважений КПК, по-перше, мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування; по-друге, скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих; по-третє, приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК. Тому, за наявності якісно розроблених керівних принципів для уповноважених службових осіб, на нашу думку, вдасться звести до мінімуму можливі випадки їхніх зловживань.

Висновки. Проведений аналіз чинного нормативного регулювання щодо процесуальної форми початку досудового розслідування свідчить про наявність ряду недоліків, які можна усунути шляхом розробки і внесення відповідних змін до ст. 615 КПК. Подальшими перспективами дослідження в даному

напрямку можуть бути наступні: аналіз типових тактичних ситуацій, у яких опиняється уповноважена службова особа, отримавши інформацію, яка може свідчити про вчинення кримінального правопорушення у разі, якщо місце події та/або потерпілий, та/або більшість свідків знаходяться на території, на якій діє надзвичайний правовий режим та існують реальні загрози втрати можливості отримання доказів; вивчення доцільності у таких випадках розширення переліку слідчих (розшукових) дій, які можуть бути вчинені до «офіційного» початку досудового розслідування і з'ясування того, які саме це можуть бути слідчі (розшукові) дії; вивчення перспектив розробки керівних принципів (методичних рекомендацій, гайдлайнів) тощо, які би з одного боку, належним чином орієнтували уповноважену особу на оптимальну і законну лінію процесуальної поведінки, з іншого – зводили би до мінімуму можливість вчинення процесуальних зловживань.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Kryminal'nyy protsesual'nyy kodeks Ukrainy [Criminal Procedural Code of Ukraine] Zakon Ukrainy vid 13.04.2012 № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>> data zvernennia 07.05.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

BOOKS

2. *Naukovyi komentar do Rozdilu IKh-1 KPK Ukrainy* [Scientific commentary on Section IX-1 of the CPC of Ukraine] / I V Hloviuk, H K Teteriatnyk, V V Rohalska, V A Zavtur (2022) <<https://drive.google.com/file/d/1Ts6JWQvHDxxSdqfzKMHcWdlyRy3OGWVu/view>> data zvernennia 07.05.2023 [in Ukrainian].

ARTICLES

3. Informatsiinyi lyst Verkhovnoho Sudu shchodo okremykh pytan zdiisnennia kryminalnoho provadzhennia v umovakh voiennoho stanu [Information letter of the Supreme Court regarding certain issues of conducting criminal proceedings under martial law: <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/war/Inform_lyst_2022_03_03.pdf> data zvernennia 07.05.2023 [in Ukrainian].

4. Loskutov T O, Normatyvne zabezpechennia standartiv efektyvnoho dosudovoho rozsliduvannia v umovakh voiennoho stanu [Loskutov T.O. Normative provision of standards of effective pre-trial investigation under martial law] (2023) *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal* <http://lsej.org.ua/1_2023/109.pdf> data zvernennia 17.05.2023 [in Ukrainian].

5. Myroshnychenko T M, Okremi pytannia realizatsii zasady publichnosti u protsesi kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia [Separate issues of implementation of the principle of publicity in the process of criminal procedural evidence] (2018) *Naukovyi visnyk publichnoho i pryvatnoho prava* <<http://www.nvppp.in.ua/vip/2018/2/57.pdf>> data zvernennia 07.05.2023 [in Ukrainian].

6. Pohoretskyi M A, Pochatok dosudovoho rozsliduvannia: okremi problemni pytannia [Beginning of pre-trial investigation: certain problematic issues] (2015) 1 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 93 [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

7. Loboiko L M, Shchodo pidstav i momentu pochatku dosudovoho rozsliduvannia Suchasne kryminalne provadzhenia Ukrainy: doktryna, normatyvna rehlamentatsiia ta praktyka funktsionuvannia [Regarding the grounds and time of initiation of the pre-trial investigation]: materialy Vseukrainskoi naukovo-praktychnoi konferentsii (m. Odesa, 17 kvitnia 2015 r.) (Odesa, Natsionalnyi universytet «Odeska yurydychna akademiia», 2015) 108–110 [in Ukrainian].

8. Karabut L V, Shchodo vyznachennia pryntsypu publichnosti u kryminalnomu protsesi [Regarding the determination of the principle of publicity in criminal proceedings] *Pytannia borotby zi zlochynnistiu: zb. nauk. prats / red. kol.: Yu. V. Baulin ta in. Vyp. 13* (Kharkiv, Krossroad, 2007) 178–189 [in Ukrainian].

Karvatskyi A. M.

*Postgraduate of the Department
of Criminal Procedure and Forensic
Law Institute Taras Shevchenko
National University of Kyiv
ORCID ID: 0000-0002-5365-8303*

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/193-200>

FEATURES OF THE LEGAL REGULATION OF THE BEGINNING OF THE PRE-TRIAL INVESTIGATION IN THE CONDITIONS OF EXTRAORDINARY LEGAL REGIMES

Abstract. *The article is devoted to the study of issues of legal regulation of the initiation of pre-trial investigation in conditions of extraordinary and martial law.*

The purpose of this article is to study the peculiarities of legal regulation and problematic issues of starting a pre-trial investigation in the conditions of the legal regime of the state of emergency and martial law.

The author investigated the peculiarities of legal regulation and the procedural form of the initiation of a pre-trial investigation in the conditions of extraordinary legal regimes (the legal regime of the state of emergency and martial law).

It was established that the «general» normative regulation of the beginning of pre-trial investigation has a number of shortcomings and does not always in line with the recommendations of forensic tactics. At the same time, the «special» normative regulation does not solve these problems and, as the author demonstrates, creates new ones, not contributing to the prompt resolution of the tasks of criminal proceedings at the beginning of the pre-trial investigation.

The author notes that the principle of «publicity» defined in the criminal procedural law cannot and should not be an obstacle to waiving formalized requirements and taking into account the interests of the pre-trial investigation, especially considering the security situation at the beginning of the pre-trial investigation.

It is proposed to conduct further studies, the tasks of which are: analysis of typical tactical situations in which an authorized official finds himself, having received information that may indicate the commission of a criminal offense in the event that the scene of the incident and/or the victim, and/or most of the witnesses are in the territory, in which the extraordinary legal regime is in effect and there are real threats of losing the opportunity to obtain evidence; studying the expediency in such cases of expanding the list of investigative (search) actions that can be carried out before the «official» start of the pre-trial investigation and clarifying what exactly these investigative (search) actions can be.

Key words: *beginning of pre-trial investigation, state of emergency, martial law.*

Коломієць К. В.,
аспірантка кафедри кримінального процесу,
Національної академії внутрішніх справ
ORCID ID: 0000–0003–2805–3246

Науковий керівник:
Погорецький М. А.,
доктор юридичних наук, професор,
Проректор з науково-педагогічної роботи
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/201-210>

УДК 343.1

ВПЛИВ ПРАВОВИХ ПРЕЗУМПЦІЙ НА ОБСТАВИНИ, ЯКІ ВХОДЯТЬ ДО ПРЕДМЕТА ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню деяких проблемних питань пов'язаних з впливом правових презумпцій на обставини, які входять до предмета доказування у кримінальному провадженні.

Автором проаналізовано законодавчу, теоретичну та практичну базу пов'язану з питанням впливу правових презумпцій на предмет доказування, а зокрема на обставини які до нього входять.

Метою цієї статті є розгляд та вивчення питання про вплив правових презумпцій на предмет доказування у кримінальному провадженні, а також обґрунтування значення правових презумпцій для кримінального процесу загалом та для предмета доказування зокрема.

У своєму дослідженні автор акцентує увагу на відсутності єдиного підходу до розуміння правової природи презумпції у кримінальному процесі, однак на підставі аналізу узагальнює, що сучасна юридична наука виділяє і використовує термін «правова презумпція», який є правовим аспектом загального поняття припущення. Звертає увагу на необхідність встановити сутність та межі впливу презумпцій на кримінальне процесуальне доказування, інакше це сприятиме виникненню проблем на практиці правозастосування. Під час проведення дослідження автором використано загальнонаукові методи дослідження (аналіз, синтез, індукція, дедукція, аналогія, абстрагування, узагальнення), діалектичний метод пізнання явищ об'єктивної дійсності) та спеціальні юридичні методи – формально-логічний, порівняльно-правовий, структурно-організаційний.

Автором встановлено, що правові презумпції мають вагоме значення для кримінального провадження, а саме впливають на формування кримінального процесу в цілому, його окремих інститутів, а також на окремі стадії процесу; впливають на процес доказування, оскільки правові презумпції можуть мати вплив на предмет і межі доказування, брати участь в розподілі обов'язку доказування. Також на підставі проведеного ґрунтовного аналізу запропоновано авторське визначення правової презумпції – як засобу, який має обов'язковий характер через своє пряме чи опосередковане закріплення у законодавстві та на підставі вірогідних припущень – сприяє бездоказовому встановленню деяких юридичних фактів, подій, явищ, суспільних відносин, чим може призвести до певних правових наслідків та впливати на пра-

вовідносини. Крім того зроблено висновки про необхідність доповнити чинний КПК презумпцією психічного здоров'я (осудності) та презумпцію знання кримінального законодавства.

Ключові слова: предмет доказування, правові презумпції, доказування, кримінальний процес, Європейський суд з прав людини.

Постановка проблеми. Однією з головних умов необхідних для побудови правової держави в Україні є реформування кримінально-процесуального законодавства з метою посилення захисту прав учасників кримінального процесу і приведення цієї галузі законодавства у відповідність до міжнародних стандартів. Визначення напрямів удосконалення кримінально-процесуального законодавства зумовлює необхідність проведення дослідження змісту правових явищ, безпосередньо пов'язаних із процесом реалізації кримінально-процесуальних норм. Одним із таких правових явищ є презумпції, які виступають специфічною правовою формою в законодавстві України. Окрім того, вивчення природи презумпцій є особливо важливим у сучасних умовах, так як недостатнє знання природи правових презумпцій, їх взаємозв'язку із законодавством та впливу на юридичний процес – призводить до неефективності функціонування інших елементів права і безпосередньо позначається на розвитку всієї правової системи України. Тут слід зазначити, що серед вчених немає єдності думок з приводу юридичної природи, класифікації, значення та місця цього елементу правової системи не тільки в теорії держави і права, але й у кримінальному процесі України, а тому доречним буде дослідити правові презумпції, як в загальному контексті, так і в контексті їхнього впливу на кримінальний процес загалом та на предмет доказування зокрема. Сучасні процесуалісти, безумовно відзначають значення презумпції для захисту прав і свобод осіб в кримінальному провадженні, але не є одноставними щодо реалізації деяких з них, так і окремих їх положень. Зокрема, неоднозначним досі є питання й щодо сутності та меж впливу

презумпцій на кримінальне процесуальне доказування, що у свою чергу породжує ряд проблем на практиці правозастосування.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Як вже зазначалося раніше – правові презумпції, що діють у кримінальному судочинстві можуть впливати на предмет доказування і вивченням цієї проблеми займалися Ю.М. Грошевий, О.В. Баганець, М.А. Погорецький, В.О. Попелюшко, С.М. Стахівський, В.І. Фаринник, О.Г. Шило, О.Г. Яновська та ін. Разом з тим, більшість досліджень було проведено, ще до прийняття нового Кримінального процесуального кодексу, а інші ж не розглядали дане питання в комплексі, тому питання впливу правових презумпцій на обставини, які входять до предмета доказування у кримінальному провадженні є актуальним та потребує детального дослідження.

Метою цієї статті є розгляд та вивчення питання про вплив правових презумпцій на предмет доказування у кримінальному провадженні, а також обґрунтування значення правових презумпцій для кримінального процесу загалом та для предмета доказування зокрема.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Відсутність єдиного підходу до розуміння правової природи презумпцій у кримінальному процесі часто призводить до їх неналежного застосування на практиці. Для пояснення сутності правових презумпцій необхідно використовувати системний аналіз, шляхом співвідношення правових презумпцій, з іншими схожими поняттями та явищами. Слід відмежовувати правові презумпції від гіпотез, версій, з одного боку, і від аксіом, фіксацій та норм права – з іншого. Часто саме порівняння

правових презумпцій зі схожими поняттями дозволяє детальніше дослідити їх особливості та окреслити можливості їх використання в правовому регулюванні.

У словниках презумпцію (від лат. «praesumptio» – припущення) інтерпретують як припущення, що ґрунтується на ймовірності¹; закріплене в законі припущення про існування певного факту, реальність якого вважається істинною і не потребує доказів². Разом з тим, презумпції у праві – закріплені правовими нормами припущення про вірогідність настання певного юридичного факту³. Також слід зазначити, що раніше у юридичній літературі правову презумпцію визначали як закріплене в нормах права припущення про наявність або відсутність юридичних фактів, засноване на зв'язку між ними. Оскільки презумпції встановлювали наявність фактів та подій з різних сфер дійсності, то для визначення точного значення їх поділили на фактичні та юридичні⁴. Таким чином, сучасна юридична наука виділяє і використовує термін «правова презумпція», який є правовим аспектом загального поняття припущення.

Якщо звернути увагу на наукові праці присвячені кримінально-процесуальному доказуванню⁵, то можна помітити, що дослідження кримінально-процесуальних презумпцій, які сприяють раціональному і справедливому порядку доказування обставин кримінального

провадження – займає зовсім незначний відсоток, а отже вчені, на жаль, не приділяють належної уваги цьому актуальному питанню. Хоч і слід зазначити, що з часом інтерес вітчизняних науковців до правових презумпцій дещо зріс. Крім того, деякі з презумпцій навіть знайшли своє закріплення на законодавчому рівні (ст. 62 Конституції України – презумпція невинуватості), багато з них зустрічаються й у кримінально-процесуальній та інших галузях права.

Недоліком є те, що елементи правових презумпцій виражені в текстах нормативно-правових актів досить латентно та/або побіжно, що власне ускладнює їх застосування на практиці. Самого визначення поняття «правова презумпція» українське законодавство не містить. У науці ж існують підходи до розуміння поняття «правова презумпція» а) з позиції логічної природи (презумпція описується через категорію припущення)⁶; б) з позиції її функціонального призначення в процесі (мається на увазі як спосіб звільнення від доказування певних обставин предмета доказування)⁷. Проте, деякі науковці вважають, що правові презумпції в кримінальному процесі – це прямо або побічно закріплені нормами кримінально-процесуального законодавства вірогідні припущення, які відображають звичайний порядок зв'язку між предметами та явищами стосовно існування юридичних фактів при наяв-

¹ Новий тлумачний словник української мови: у 3 т. / уклад. В. В. Яременко, О. М. Сліпушко. Т. 2 (Київ, Аконті, 2008) 869.

² І К Білодід (ред.), Словник української мови: в 11 т. Т. 7 (Київ, Наукова думка, 1976) 533 <[http:// sum. in. ua /pl/ 7/533/2](http://sum.in.ua/pl/7/533/2)> дата звернення 20.05.2023.

³ О М Ситько, Н М Шаповаленко, Словник юридичних термінів іншомовного походження (Одеса, 2013) 44 <https://oduv.edu.ua/wp-content/uploads/2016/09/slovyk_jur_term.pdf> дата звернення 20.05.2023.

⁴ Д С Гудзь, Співвідношення правової презумпції зі спорідненими правовими категоріями (2005) *Актуальні проблеми держави і права* 109–110.

⁵ М А Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків: Арсіс ЛТД, 2007) 115; М А Погорецький, Доказування у кримінальному процесі: поняття, зміст, структура. *Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні*: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної Інтернет-конференції (27 листопада 2013 р., м. Одеса) (Одеса, Юридична література, 2013) 17–21.

⁶ О М Гаргат-Українець, Поняття, ознаки та значення правових презумпцій у кримінальному процесі України (2009) 45 *Держава і право* 7.

⁷ Ю М Грошевой, Проблеми формування судейського переконання в уголовном судопроизводстве: монографія. (Харьков, Вища шк., 1975) 102; Ю М Грошевой, Теоретические проблемы формирования убеждений судьи в советском уголовном судопроизводстве (дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.08. Харьков, 1975) 265; О І Бережний, Преюдиціальність судових рішень у кримінальних справах (Харків, Вид. СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2004) 53–54.

ності уже відомих або встановлених інших юридичних фактів з метою досягнення завдань кримінального процесу¹.

Разом з тим, в Окремії думці судді КСУ Кампа В.М. на Рішення Конституційного Суду України від 8 липня 2008 р. № 14-рп/2008 презумпцію у праві визначено як закріплені в нормах права припущення про існування певного факту, реальність якого не потребує доказів і вважається істинною доти, доки не буде доведено протилежне².

До основних сутнісних ознак правової презумпції слід віднести: 1) характеристику поняття «презумпція» як припущення, що може існувати у реальності з високою мірою вірогідності; 2) перехід з її допомогою від одного факту до іншого (презумпції самі по собі, не будучи юридичним фактом, можуть виступати способом встановлення юридичних фактів, подій, явищ, суспільних відносин, що може призводити до певних правових наслідків і впливати на правовідносини)³; 3) бездоказове прийняття факту; 4) закріплення прямо та/або опосередковано в правових нормах (обов'язковий характер); 5) можливість спростувати презумпцію (дана ознака відмежовує презумпцію від фікції, оскільки спростування презумпції матиме юридичне значення, а спростування фікції – ні). Спростування – не спростовує істинність (вірогідність) судження, яке вона містить, а лише можливість її застосування у певному конкретному випадку. Однак, в літературі питання спростування є дискусійним і вважається, що в деяких випадках презумпція може не підлягати спростуванню (до прикладу: презумпція недієздатності неповнолітнього). Деякі зарубіжні науковці вважають, що необхідно роз-

межувати спростовні та неспростовні презумпції, у той же час уточнюючи, що спростовна презумпція вважається істиною, доки особа не доведе протилежне і як приклад вони наводять презумпцію невинуватості. Щодо неспростовної презумпції, то вони зазначають, що вона не може бути спростована в будь-якому випадку (до прикладу: захист дитини в деяких правових системах)⁴. Даний підхід зарубіжних вчених є цікавим та потребує детальнішого вивчення та дослідження питання співвідношення презумпції та фікції, їх сутнісних ознак. Разом з тим, на підставі аналізу сутнісних ознак, доречним буде запропонувати наступне визначення правової презумпції – як засобу, який має обов'язковий характер через своє пряме чи опосередковане закріплення у законодавстві та на підставі вірогідних припущень – сприяє бездоказовому встановленню деяких юридичних фактів, подій, явищ, суспільних відносин, чим може призвести до певних правових наслідків та впливати на правовідносини.

Правові презумпції мають вагоме значення для кримінального провадження, а саме: 1) впливають на формування кримінального процесу в цілому, його окремих інститутів, а також на окремі стадії процесу; 2) впливають на процес доказування, оскільки правові презумпції можуть мати вплив на предмет і межі доказування, брати участь в розподілі обов'язку доказування.

У процесі кримінального-процесуального доказування застосовуються загально-правові, кримінально-правові та кримінально-процесуальні презумпції. До загально-правових презумпцій, які поширюються на кримінальний процес, відносяться презумпція знання закону,

¹ О Г Яновська, Окремі питання гарантій засади презумпції невинуватості. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства*: матер. Всеукр. наук.-практ. конфер., присвяч. до 70-річчя д. ю. н., професора Ю.П. Аленіна (21 квітня 2017 р., м. Одеса). (Одеса, Юрид. л-ра, 2017) 36–39.

² Окрема думка судді Конституційного Суду України Кампа В.М. на Рішення Конституційного Суду України від 08.07.2008 р. № 14-рп/2008 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-08#Text>> дата звернення 20.05.2023.

³ В В Вапнярчук, Загальна характеристика правових презумпцій та їх значення для кримінального процесуального доказування (2013) 3 (24) Юрист України 62–68.

⁴ J Franklin, *The Science of Conjecture: Evidence and Probability Before Pascal*. (Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2001) 20–61.

презумпція добропорядності громадян і презумпція законності правових актів та ін. До кримінально-процесуальних презумпцій слід віднести презумпцію невинуватості¹ та презумпцію істинності вироку, що набрав законної сили (ці є найбільш поширеними), також виокремлюють презумпцію недопустимості доказів, отриманих внаслідок порушення кримінального процесуального закону; презумпцію достовірності фактичних обставин кримінального провадження, що не досліджувалися судом першої інстанції при застосуванні спрощеного порядку судового розгляду кримінальної справи; презумпцію допустимості матеріалів, отриманих у ході міжнародного співробітництва². Важливе значення для кримінально-процесуального доказування має предмет доказування³. Прийнято вважати, що саме обставини перелічені у ч. 1 ст. 91 КПК становлять загальний предмет доказування⁴.

Найбільш поширеною серед правових презумпцій та такою, що має суттєве значення для встановлення обставин предмета доказування є презумпція невинуватості, яка закріплена у ст. 62 Конституції України та у ст. 17 КПК. Презумпція невинуватості є основою системи доказування у кримінальному судочинстві, впливає на розподіл обов'язків щодо доказування⁵. Відповідно до КПК, ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення та має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винува-

тість особи поза розумним сумнівом⁶. Так, виключно на сторону обвинувачення покладається обов'язок доведення винуватості підозрюваного, обвинуваченого. Також варто звернути увагу на Дослідженні Європейської комісії за демократію через право (Венеційська комісія) на тему «Мірило правосуддя» зазначається, що презумпція невинуватості – це інститут кримінального права, що є надважливим у забезпеченні права на справедливе судочинство та який застосовується винятково у сфері кримінальної юстиції без жодного стосунку до сфери цивільного, господарського або адміністративного судочинства, а також до тієї галузі права, що регулює правовідносини у сфері професійної діяльності суддів⁷. Так, Конституційний Суд України у рішенні від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 наголосив, що «важливою гарантією дотримання прав підозрюваного та обвинуваченого у кримінальному процесі та обов'язковою складовою справедливого судового розгляду є презумпція невинуватості»; «елементом принципу презумпції невинуватості є принцип *in dubio pro reo*, згідно з яким при оцінюванні доказів усі сумніви щодо вини особи тлумачаться на користь її невинуватості»; «презумпція невинуватості особи передбачає, що обов'язок доведення вини особи покладається на державу»⁸. Отже, презумпція невинуватості означає, що всі сумніви стосовно події порушення та винуватості особи, яка притягується до відповідальності, тлумачаться на її користь; недо-

¹ В В Вапнярчук, Загальна характеристика правових презумпцій та їх значення для кримінального процесуального доказування (2013) 3 (24) Юрист України 62–68.

² О Г Яновська, Окремі питання гарантій засади презумпції невинуватості. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства*: матер. Всеукр. наук.– практ. конфер., присвяч. до 70-річчя д. ю. н., професора Ю. П. Аленіна (21 квітня 2017 р., м. Одеса). (Одеса, Юрид. л-ра, 2017) 36–39.

³ М А Погорельський, Нова концепція кримінального процесуального доказування (2015) 3 *Вісник кримінального судочинства* 63–79.

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> дата звернення 20.05.2023.

⁵ О Баганець, Вплив деяких правових презумпцій на предмет доказування у кримінальному провадженні (2014) 1 *Юридична Україна* 80.

⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> дата звернення 20.05.2023.

⁷ Rule of law checklist: Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e)> дата звернення 20.05.2023.

⁸ Рішення Конституційного суду України від 26.02.2019 № 1-р/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text>> дата звернення 20.05.2023.

ведені подія та вина особи мають бути прирівняні до доведеної невинуватості цієї особи¹. Таким чином, презумпція невинуватості тісно пов'язана з кожною обставиною, яка підлягає доказуванню в кримінальному провадженні, а зокрема з подією кримінального правопорушення, вона також сприяє виконанню завдань кримінального провадження, а саме: гарантує охорону прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, забезпечує щоб жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений. На підтвердження цього у постанові колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду наголошено: «... якщо не було події кримінального правопорушення або в діях особи немає складу кримінального правопорушення, то за таких обставин кримінальне провадження не може бути розпочато. А якщо через помилку чи з інших причин таке провадження було розпочато, то воно негайно має бути припинено і з позиції вимог правопорядку, і з огляду на дотримання інтересів всіх учасників правовідносин»².

Також варто згадати презумпцію особистої (людської) свободи людини, яка нерозривно пов'язана з презумпцією невинуватості та знайшла своє втілення у положеннях ст. 23 Конституції України. Цією конституційною нормою передбачено право кожної людини на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний та всебічний розвиток її особистості³. Ця презумпція також знайшла своє відображення у Рішенні Конституційно-

го Суду України у справі щодо дискримінації у реалізації права на житло від 22 червня 2022 р. № 5-р(II)/2022, в якому Суд керувався тим, що конституційна презумпція людської свободи обумовлює доконечність потреби обґрунтування будь-якого істотного її обмеження з боку держави. Також Конституційний Суд України зауважив, що «обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права»⁴. Отже, в даному контексті доречним буде звернути увагу на значення цього принципу в контексті доказування обставин необхідних для винесення ухвали для проведення обшуку. Обшук це завжди втручання у гарантовані Конституцією України право на непорушність приватної власності та право на недоторканість житла. Відповідно, з метою недопущення свавільної поведінки правоохоронців, законодавець передбачив ряд вимог у процесуальному законі, як запобіжників порушення прав людини.

Доказування обставин, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 91 КПК (винуватості обвинуваченого у вчиненні правопорушення) сприяє встановленню конкретної

¹ Я О Берназюк, Просто про складне: особливості розгляду Верховним Судом справ у порядку спрощеного провадження (2018) *Судово-юридична газета* <<https://sud.ua/ru/news/blog/131143-prosto-pro-skladne-osoblivosti-rozglyadu-verkhovnim-sudom-sprav-u-poryadku-sproscheno-go-provadzhennya>> дата звернення 20.05.2023.

² Постанова Верховного Суду від 16.05.2019 справа № 761/20985/18 <<http://iPLEX.com.ua/doc.php?regnum=81953091&red=10000338099700c4dc51cd00dbfc14eab78e12&d=5>> дата звернення 20.05.2023.

³ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> дата звернення 20.05.2023.

⁴ Рішення Конституційного Суду України від 22.06.2022 № 5-р(II)/2022 <<https://ccu.gov.ua/dokument/5-rii2022>> дата звернення 20.05.2023.

особи злочинного діяння (суб'єкт злочину) та вину останнього (суб'єктивну сторону). Звісно ж однією з обов'язкових ознак суб'єкта злочину є осудність, яка спеціально не доводиться, а навпаки презюмується. У цьому випадку слідчий, прокурор та суд мають керуватися презумпцією психічного здоров'я особи, адже дана презумпція закріплена у ст. 3 Закону України «Про психіатричну допомогу»¹. Слід зазначити, що презумпція психічного здоров'я особи створює певну дискусію серед вчених в контекст необхідності її закріплення не лише у Законі, а й у КПК. Цікавою є пропозиція вченого про доповнення КПК наступним положенням в контексті презумпції психічного здоров'я: «Особа, що досягла віку кримінальної відповідальності і вчинила злочин, вважається осудною, доки не буде доведено інше»². Ми поділяємо дану позицію та вважаємо за необхідне звернути увагу законодавця на необхідність доповнення КПК презумпцією психічного здоров'я особи або презумпцією осудності: Особа, що вчинила кримінальне правопорушення вважається осудною, за умови досягнення нею віку кримінальної відповідальності, передбаченого чинним Кримінальним кодексом України та доки не буде доведено інше у порядку, передбаченому цим Кодексом (КПК).

Слід також звернути увагу на п. 5 ч. 1 ст. 91 КПК де зазначено, що у кримінальному провадженні підлягають доказуванню ті обставини, які є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності та покарання. Тут необхідно звернути увагу на ст. 49 КК (звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності), яка передбачає те, що

особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею кримінального правопорушення і до дня набрання вироком законної сили минули строки чітко визначенні даною статтею відповідно до інкримінованого особи правопорушення. Відповідно встановлення вищезазначеної обставини, дозволяє обмежити пізнавальний процес щодо з'ясування окремих елементів предмета доказування, адже якщо давність не була перервана, то презюмується, що така особа не є суспільно небезпечною.

Крім того, має вплив на предмет доказування і презумпція знання кримінального законодавства. Мається на увазі, що особа знає, що вчинене нею протиправне діяння є суспільно небезпечним та карним³. А отже, під час кримінального провадження знання кримінального закону підозрюваним, обвинуваченим не підлягає доказуванню. Однак дана презумпція може бути спростована, якщо виникає обґрунтоване припущення, що особа з виняткових обставин була позбавлена можливості знати про прийняття кримінального закону⁴. Необхідно також зазначити, що дана презумпція не закріплена у КПК, але у ст. 68 Конституції України вона побіжно закріплена як *незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності*. У науці кримінального процесу є представники⁵, які вважають, що не дивлячись на подібне закріплення в Основному Законі України, було б доречно закріпити презумпцію знання кримінального законодавства і в КПК і ми також поділяємо їх позицію.

Висновки. Отже, правові презумпції справді мають неабиякий вплив на кримінально-процесуальне доказування загалом та на предмет доказування зокре-

¹ Про психіатричну допомогу: Закон України від 22 лютого 2000 р. № 1489-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1489-14#Text>> дата звернення 20.05.2023.

² Н А Орловська, Осудність та її види (порівняльний аналіз законодавства України та інших держав) (автореф. дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. Одеса, 2001) 15.

³ О Баганець, Вплив деяких правових презумпцій на предмет доказування у кримінальному провадженні (2014) 1 *Юридична Україна* 82.

⁴ Там само. 83.

⁵ Там само. 83; Н А Орловська, Осудність та її види (порівняльний аналіз законодавства України та інших держав): (автореф. дис. ... канд. юр. наук: спец. 12.00.08. Одеса, 2001) 15.

ма. Вони є важливими для раціонального та справедливого порядку доказування обставин кримінального провадження, а також здатні забезпечити прищвидшений розгляд провадження за допомогою обмеження пізнавального процесу щодо з'ясування окремих елементів предмета доказування, адже вони можуть бути презюмовані. Крім того, ми пропонуємо авторське визначення правової презумпції та вбачаємо необхідність доповнити чинний КПК презумпцією психічно-

го здоров'я (осудності) та презумпцію знання кримінального законодавства. Важливість презумпцій також полягає у тому, що вони допомагають розділити тягар доказування, вказуючи на те хто і яким чином може спростувати той чи інший факт, коли вони є єдиним можливим шляхом виявлення існування чи не існування, правдивості або хибності юридичних фактів, що разом з тим сприяє прищвидженню процесу вирішення й судових спорів.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Rule of law checklist: Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e)> data zvernennia 20.05.2023 [in English].
2. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine] vid 28.06.1996 № 254k/96-VR <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> data zvernennia 20.05.2023 [in Ukrainian].
3. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Criminal Procedure Code of Ukraine] vid 13.04.2012 № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> data zvernennia 20.05.2023 [in Ukrainian].
4. Pro psykhiatrychnu dopomohu [On psychiatric care] Zakon Ukrainy vid 22 liutoho 2000 r. № 1489-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1489-14#Text>> data zvernennia 20.05.2023 [in Ukrainian].

CASES

5. Okrema dumka suddi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy Kampa V.M. na Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Separate opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine Kampa V.M. on the Decision of the Constitutional Court of Ukraine] vid 08.07.2008 r. № 14-rp/2008 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-08#Text>> data zvernennia 20.05.2023 [in Ukrainian].
6. Postanova Verkhovnoho Sudu [Resolution of the Supreme Court] vid 16.05.2019 sprava № 761/20985/18 <<http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=81953091&red=10000338099700c4dc51cd00dbfc14eab78e12&d=5>> data zvernennia 20.05.2023 [in Ukrainian].
7. Rishennia Konstytutsiinoho sudu Ukrainy [Decision of the Constitutional Court of Ukraine] vid 26.02.2019 № 1-r/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text>> data zvernennia 20.05.2023 [in Ukrainian].
8. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Decision of the Constitutional Court of Ukraine] vid 22.06.2022 № 5-r(II)/2022 <<https://ccu.gov.ua/dokument/5-rii2022>> data zvernennia 20.05.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

AUTHORED BOOKS

9. Franklin J, *The Science of Conjecture: Evidence and Probability Before Pascal* (Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2001) 20–61 [in English].
10. Bereznyi O I, *Preiudysialnist sudovykh rishen u kryminalnykh spravakh [Prejudiciality of court decisions in criminal cases]* (Kharkiv, Vyd. SPD FO Vapniarchuk N.M., 2004) 176 [in Ukrainian].
11. Hroshevoi Yu M, *Problemy formirovaniya sudeiskoho ubezhdeniya v uholovnom sudoproizvodstve [Problems of formation of judicial conviction in criminal proceedings]* (Kharkov, Vyshcha shk., 1975) 144 [in Ukrainian].
12. *Novyi tlumachnyi slovnyk ukrainskoi movy: u 3 t.* [New explanatory dictionary of the Ukrainian language: in 3 volumes] uklad. V. V. Yaremenko, O. M. Slipushko. T. 2 (Kyiv, Akonit, 2008) 928 [in Ukrainian].
13. Pohoretskyi M A, *Funktsionalne pryznachennia operatyvno-rozshukovoї diialnosti u kryminalnomu protsesi [The functional purpose of investigative activity in the criminal process]* (Xarkiv: Arsis LTD, 2007) 576 [in Ukrainian].

14. Sytko O M, Shapovalenko N M, *Slovyk yurydychnykh terminiv inshomovnoho pokhodzhennia* [Dictionary of legal terms of foreign origin] (Odesa, 2013) 44 <https://oduvs.edu.ua/wp-content/uploads/2016/09/slovyk_jur_term.pdf> data zvernennia 20.05.2023 [in Ukrainian].

EDITED BOOKS

15. Bilodid I K (red.), *Slovyk ukrainskoi movy: v 11 t.* [Dictionary of the Ukrainian language: in 11 vols] T. 7 (Kyiv, Naukova dumka, 1976) 723 <<http://sum.in.ua/p/7/533/2>> data zvernennia 20.05.2023 [in Ukrainian].

JOURNAL ARTICLES

16. Bahanets O, Vplyv deiakykh pravovykh prezumpsii na predmet dokazuvannia u kryminalnomu provadzheni [The Impact of Certain Legal Presumptions on the Subject of Evidence in Criminal Proceedings] (2014) 1 *Yurydychna Ukraina* 80–85 [in Ukrainian].

17. Gudz D S, Spivvidnoshennia pravovoi prezumpsii zi sporidnenymy pravovymy katehoriiami [Correlation of legal presumption with related legal categories] (2005) *Aktualni problemy derzhavy i prava* 109–113 [in Ukrainian].

18. Harhat-Ukrainchuk O M, Poniattia, oznaky ta znachennia pravovykh prezumpsii u kryminalnomu protsesi Ukrainy [The concept, signs and significance of legal presumptions in the criminal process of Ukraine] (2009) 45 *Derzhava i pravo*. 446–452 [in Ukrainian].

19. Pohoretskyi M A, Nova kontseptsiiia kryminalnogo protsesualnogo dokazuvannia [New concept of criminal procedural evidence] (2015) 3 *Visnyk kryminalnogo sudochynstva* 63–79 [in Ukrainian].

20. Vapniarchuk V V, Zahalna kharakterystyka pravovykh prezumpsii ta yikh znachennia dlia kryminalnogo protsesualnogo dokazuvannia [General characteristics of legal presumptions and their importance for criminal procedural evidence] (2013) 3 (24) *Yuryst Ukrainy* 62–68 [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

21. Pohoretskyi M A, Dokazuvannia u kryminalnomu protsesi: poniattia, zmist, struktura [Evidence in the criminal process: concept, content, structure] *Aktualni problemy dokazuvannia u kryminalnomu provadzheni: Materialy Vseukrainskoi naukovo-praktychnoi Internet-konferentsii (27 lystopada 2013 r., m. Odesa)* (Odesa, Yurydychna literatura, 2013) 17–21 39 [in Ukrainian].

22. Yanovska O H, Okremi pytannia harantii zasady prezumpsii nevinovatosti. Aktualni problemy udoskonalennia kryminalnogo protsesualnogo zakonodavstva: mater. Vseukr. nauk.–prakt. konfer., prysviach. do 70-richchia d. yu. n., profesora Yu. P. Alenina [Separate issues of guarantees of the principle of presumption of innocence. Actual problems of improvement of criminal procedural legislation: Mater. All-Ukrainian science and practice confer., dedicate. to the 70th anniversary of D. Yu. Ph.D., Professor Yu. P. Alenin] (21 kvitnia 2017 r., m. Odesa). (Odesa, Yuryd. 1-ra, 2017) 36–39 [in Ukrainian].

DISSERTATIONS

23. Hroshevoi Yu M, Teoretycheskye problemy formirovaniia ubezhdenyi sudy v sovetskom uholovnom sudoproyzvodstve [Theoretical problems of the formation of convinced judges in the Soviet criminal justice system] (dys. ... d-ra yuryd. nauk: spets. 12.00.08. Kharkov, 1975) 403 [in Ukrainian].

24. Orlovska N A, Osudnist ta yii vydy (porivnialnyi analiz zakonodavstva Ukrainy ta inshykh derzhav) [Criminality and its types (comparative analysis of the legislation of Ukraine and other countries)] (avtoref. dys. ... kand. yur. nauk: spets. 12.00.08. Odesa, 2001) 20 [in Ukrainian].

WEBSITES

25. Bernaziuk Ya O, Prosto pro skladne: osoblyvosti rozghliadu Verkhovnym Sudom sprav u poriadku sproshchenoho provadzhenia [Just about the complicated: features of the Supreme Court's consideration of cases in the order of simplified proceedings] (2018) *Sudovo-iurydychna hazeta* <<https://sud.ua/ru/news/blog/131143-prosto-pro-skladne-osoblivosti-rozglyadu-verkhovnim-sudom-sprav-u-poryadku-sproshchenogo-provadzhennya>> data zvernennia 20.05.2023 [in Ukrainian].

Kolomiets K. V.,
Postgraduate student
Department of Criminal Procedure
National Academy of Internal Affairs
ORCID ID: 0000–0003–2805–3246

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/201-210>

INFLUENCE OF LEGAL PRESUMPTIONS ON THE CIRCUMSTANCES WHICH ARE SUBJECT TO PROOF IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Abstract. *The article is devoted to the study of some problematic issues related to the influence of legal presumptions on circumstances that are part of the subject of evidence in criminal proceedings.*

The author analyzed the legislative, theoretical and practical basis related to the issue of the influence of legal presumptions on the subject of proof, and in particular on the circumstances that are part of it.

The purpose of this article is to consider and study the issue of the influence of legal presumptions on the subject of evidence in criminal proceedings, as well as to substantiate the importance of legal presumptions for the criminal process in general and for the subject of evidence in particular.

In his research, the author focuses on the lack of a single approach to understanding the legal nature of presumption in the criminal process, however, based on the analysis, he generalizes that modern legal science singles out and uses the term “legal presumption”, which is a legal aspect of the general concept of assumption. Draws attention to the need to establish the essence and limits of the influence of presumptions on criminal procedural evidence, otherwise it will contribute to the emergence of problems in the practice of law enforcement. During the research, the author used general scientific research methods (analysis, synthesis, induction, deduction, analogy, abstraction, generalization), the dialectical method of learning the phenomena of objective reality) and special legal methods – formal-logical, comparative-legal, structural-organizational.

The author established that legal presumptions are of great importance for criminal proceedings, namely, they influence the formation of the criminal process as a whole, its individual institutions, as well as individual stages of the process; affect the process of proof, since legal presumptions can have an impact on the subject and limits of proof, participate in the distribution of the burden of proof. Also, on the basis of the conducted thorough analysis, the author’s definition of legal presumption is proposed – as a means that is binding due to its direct or indirect enshrining in legislation and on the basis of probable assumptions – contributes to the establishment without evidence of some legal facts, events, phenomena, social relations, which may lead to certain legal consequences and affect legal relations. In addition, conclusions were made about the need to supplement the current Code of Criminal Procedure with the presumption of mental health (sanity) and the presumption of knowledge of criminal legislation.

Key words: *subject of proof, legal presumptions, proof, criminal process, European Court of Human Rights.*

Тесленко І. О.,
аспірант Харківського національного
університету внутрішніх справ
ORCID ID: 0009–0007–2622–0289

Науковий керівник:

О. О. Кочура, кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу,
криміналістики та експертології факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/211-220>

УДК 343.14

КОНЦЕПЦІЇ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ ТА ЇХ ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ У КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС УКРАЇНИ

Анотація. У статті розглянуто положення чинного кримінального процесуального законодавства України, рішення Європейського суду з прав людини та сучасна практика судів України щодо застосування концепції «плодів отруєного дерева» та винятків з неї. Доведено, що встановлення вчинення відповідного кримінального правопорушення певною особою або навпаки її непричетність до його вчинення здійснюється на підставі доказів, наданих суду учасниками процесу у змагальній процедурі. Визначення допустимості наданих суду доказів є гарантією балансу прав всіх учасників кримінального провадження та забезпечення ухвалення судом законного та справедливого рішення по справі. У цьому контексті імплементація концепцій, сформульованих у кримінальних процесах зарубіжних країн, щодо питань допустимості доказів, до чинного кримінального процесуального законодавства України набуває важливого значення та потребує додаткового дослідження.

Метою статті є дослідження сутності концепцій, які є виключенням з правила «плодів отруєного дерева», здійснення їх застосування у судовій практиці України, задля одержання нових наукових знань та забезпечення правильного розуміння.

У світовій практиці та практиці Європейського суду з прав людини, зокрема, були сформульовані певні концепції при вирішенні питання допустимості доказів у кримінальному процесі, які імплементуються на теперішній час і до судової практики України. Найбільш поширеною та відомою з них у питаннях визнання доказів недопустимими є концепція «плодів отруєного дерева», сутність якої полягає в тому, що якщо джерело доказів є неналежним, то всі докази, отримані з його допомогою, будуть такими ж. Однак, на теперішній час вже існує певна кількість концепцій, які є виключенням з неї та пропонують інший підхід у питанні визнання доказів допустимими.

Зазначено, що всі виключення з концепції «плодів отруєного дерева» мають спільні риси, зокрема: по-перше, концентрування дослідження не на порушенні як на такому, а на його суті; по-друге, встановлення впливу тих чи інших порушень на забезпечення справедливого судового розгляду; по-третє, дослідження впливу порушень на довіру до відповідного доказу та можливість суду дійти певних висновків щодо встановлення винуватості особи у вчиненні певного кримінального правопорушення. Тобто, вони надають можливості відходу від формалізму в питаннях, які торкаються: допустимості доказів, забезпечення справедливого судового розгляду та досягнення мети кримінального провадження.

Зроблено висновок, що застосування, при вирішенні питання щодо допустимості доказів у кримінальному провадженні, наряду з концепцією «плодів отруєного дерева» інших концепцій, які фактично є виключенням з означеної, дають гнучкості кримінальному процесу у питанні визнання доказів допустимими, що забезпечує справедливість судового процесу для обох сторін та певний баланс між громадськими інтересами суспільства та особи, яка притягується до кримінальної відповідальності, її прав та свобод. Справедливість процесу в цілому та рішення (вироку) суду, як документу який приймається за його наслідками, може бути досягнутий прозорістю та зрозумілістю застосованих норм та процедур для учасників процесу та суспільства.

Ключові слова: кримінальний процес, концепція «плодів отруєного дерева».

Постановка проблеми. За дослідженням, протягом розвитку кримінального процесу як у міжнародному контексті, так і у національній площині, відбувається трансформація його основоположних принципів та підходів до вирішення тих чи інших питань, що пов'язано з розвитком суспільства як такого, його еволюції, підвищення рівня правової обізнаності громадян, закріплення основоположних принципів на рівні міжнародних договорів, які ставлять у центр судової практики особу, її права та свободи, які є найвищою цінністю. Тому, ми вважаємо, що до кримінального процесу повинні бути висунуті більш підвищені вимоги, оскільки він пов'язаний з певними обмеженнями, як для особи, яка є потерпілою від вчинення кримінального правопорушення, так і для особи, яка притягується до кримінальної відповідальності за вчинення протиправного діяння. Тож, доведеність вини особи поза розумним сумнівом є необхідним показником судової системи правової держави, індикатором суспільства в якому діє право. Встановлення вчинення відповідного кримінального правопорушення певною особою або навпаки її непричетність до його вчинення здійснюється на підставі доказів, наданих суду учасниками процесу у змагальній процедурі. Визначення допустимості наданих суду доказів є гарантією балансу прав всіх учасників кримінального провадження та забезпечення ухвалення судом законного та справедливого рішення по справі. У цьому контексті імплементація кон-

цепцій, сформульованих у кримінальних процесах зарубіжних країн, щодо питань допустимості доказів, до чинного кримінального процесуального законодавства України набуває важливого значення та потребує додаткового дослідження.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Дослідженню доказів та концепцій допустимості доказів у кримінальному процесі приділяли увагу багато вчених, зокрема, В.В. Вапнярчук, І.В. Гловюк, Л.М. Гуртієва, В.І. Крупницька, Т.В. Лукашкіна, П.А. Лупинська, О.В. Малахова, Ю.К. Орлов, А.В. Смирнов, М.М. Стоянов та інші.

Метою статті є дослідження сутності концепцій, які є виключенням з правила «плодів отруєного дерева», здійснення їх застосування у судовій практиці України, задля одержання нових наукових знань та забезпечення правильного розуміння.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. Існує декілька концепцій або доктрин, які торкаються однієї із властивостей доказів – допустимості, зокрема: «асиметрія правил допустимості доказів», «чай та чорнила», «рівностороння асиметрія в оцінці юридичної сили доказів», «неминуче виявлення», «розбите дзеркало», «плоди отруєного дерева», «нешадне виключення доказів», «срібне блюдо», «добросовісна помилка» та інші.

При цьому, слід зазначити, що в різних наукових працях, правила визнання доказу допустимим розглядається: по-перше – як доктрина, по-дру-

ге – як концепція, тому вважаємо за необхідне визначитися у цьому питанні.

Як зазначено в «Енциклопедії сучасної України», «доктрина (від лат. doctrina – вчення) – сукупність узагальнених положень, провідних принципів; певна концепція, що визначає спосіб розуміння і дії у певній галузі знань»¹. У «Словнику іншомовних слів» доктрина визначена як: «теорія, наука, яка ґрунтується на певних засадах і принципах»². Тобто, доктрина визначається як сукупність певних принципів та їх узагальнення.

Що стосується визначення слова концепція, то «Енциклопедія сучасної України» наводить її наступне визначення: «концепція (від лат. conceptio – осягати, сприймати) – система поглядів, понять про ті чи інші явища або процеси, спосіб їхнього розуміння, тлумачення; основна ідея будь-якої теорії, головний задум; ідея чи план нового, оригінального розуміння; конструктивний принцип художньої, технічної та інших видів діяльності»³.

В «Словнику іншомовних слів» концепція визначається як: «1. система поглядів на певне явище; спосіб розуміння, тлумачення якихось явищ, основоположна ідея теорії, загальний її задум; 2. в мистецтві – ідейно-творчий задум твору»⁴. Таким чином, концепцією в розумінні наведених визначень є певна система поглядів, понять, ідей та спосіб їх тлумачення.

Ми вважаємо, що основні правила, напрацьовані на цей час у міжнародній практиці щодо визнання за певних умов доказів у кримінальному процесі допустимими чи навпаки є концепціями, які можуть використовувати суди при розгляді справ, оскільки доктрина, з наведеного нами вище, є більш ширшим поняттям, зокрема яке може в себе включати і певні концепції. Тому надалі, ми буде-

мо використовувати поняття «концепція допустимості».

У світовій практиці та практиці Європейського суду з прав людини, зокрема, були сформовані певні концепції при вирішенні питання допустимості доказів у кримінальному процесі, які імплементуються на теперішній час і до судової практики України. Найбільш поширеною та відомою з них у питаннях визнання доказів недопустимими є концепція «плодів отруєного дерева», сутність якої полягає в тому, що якщо джерело доказів є неналежним, то всі докази, отримані з його допомогою, будуть такими ж. Однак, на теперішній час вже існує певна кількість концепцій, які є виключенням з неї та пропонують інший підхід у питанні визнання доказів допустимими.

Одним з виключень з концепції «плодів отруєного дерева» є концепція «**незалежного джерела**», яка застосовується до доказів, спочатку виявлених під час або в результаті незаконних процесуальних дій, але пізніше отриманих з інших джерел, незалежних від дій, пов'язаних із порушенням закону.

Зазначена концепція була вперше застосована в США. У справі за обвинуваченням Майкла Ф. Мюррея в змові з метою незаконного заволодіння і розповсюдження наркотиків (Мюррей проти США, 487 US533 (1988)) суд ухвалив, що «відповідно до концепції «незалежного джерела», Четверта поправка не вимагає приховування доказів, спочатку виявлених під час незаконного проникнення поліцейських у приватні приміщення, якщо ці докази також виявлено під час подальшого обшуку згідно з дійсним ордером, який повністю не залежить від початкового незаконного проникнення.»⁵

¹ Енциклопедія сучасної України. Том 8. Літера Д <<https://esu.com.ua/article-20527>> дата звернення 03.05.2023.

² Словник іншомовних слів <<https://www.jnsm.com.ua/cgi-bin/u/book/sis.pl?Qry=%C4%EE%EA%F2%F0%E8%ED%E0>> дата звернення 03.05.2023.

³ Енциклопедія сучасної України. Том 14. Літера К. <<https://esu.com.ua/article-3256>> дата звернення 03.05.2023.

⁴ Словник іншомовних слів <<https://www.jnsm.com.ua/cgi-bin/u/book/sis.pl?Qry=%CA%EE%ED%F6%E5%EF%F6%B3%FF>> дата звернення 03.05.2023.

⁵ Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>> accessed 12.04.2023.

У справі Вонг Сунь проти Сполучених Штатів, 371 US471 (1963) суд зазначив, що «суть положення, яке забороняє отримання доказів певним чином, полягає в тому, що докази, отримані таким чином, не просто не повинні використовуватися в Суді, а й взагалі не повинні використовуватися. Звичайно, це не означає, що факти отримані таким чином стають священними та недоступними. Якщо знання про них отримано з незалежного джерела, вони можуть бути доведені, як і будь-які інші, але знання, отримані власною неправдою Уряду, не можуть бути використані ним у запропонований спосіб»¹.

Вказана концепція була застосована і в судовій практиці України, зокрема у Постанові Великої Палати Верховного Суду у справі № 1–07/07 (Провадження № 13–36зв019) від 13.11.2019 р.. Приймаючи рішення у цій справі, Велика Палата (далі, ВП ВС) виходила із того, що хоча в основі визнаних міжнародною судовою установою порушень конвенційних прав заявника і лежать окремі суттєві процедурні помилки, однак вони не ставлять під сумнів результатів усього судового провадження, не свідчать про невідповідність вимогам Конвенції вироку як у цілому, так і в частині визнання заявника винуватим в умисному вбивстві, а отже не дають підстав вважати його засудження несправедливим. Такий висновок Великої Палати не суперечить позиції Європейського суду з прав людини (далі, ЄСПЛ) у справі заявника про те, що визнання порушень ст. 6 п. 1 та 3 (с) Конвенції в цій справі саме по собі є справедливою компенсацією понесеної заявником моральної шкоди і не означає, що він був несправедливо засуджений. Таким чином, виконання державою міжнародних зобов'язань за даних конкретних обставин не передбачає необхідності відновлення юридичного стану, яке заявник мав до постановлення щодо нього обвинувального вироку. З огляду

на констатований ЄСПЛ зміст порушень, стадію провадження, на якій вони були допущені, їх правову природу і юридичні наслідки, ВП ВС дійшла висновку, що виправлення таких порушень можливо здійснити шляхом зміни вироку й ухвали і виключення з переліку доказів винуватості заявника в умисних убивствах за обтяжуючих обставин даних, одержаних у результаті недотримання його конвенційних прав, і похідних від них засобів доказування. Таким чином, у цій справі Велика Палата підтверджує можливість використання доказів з так званого незалежного джерела, що призводить до висновків про необхідність виключення доказів, отриманих із порушенням конвенційних прав заявників, але з посиланням у судових рішеннях на інші докази вчинення кримінального правопорушення².

Тож, концепція «незалежного джерела» є одним з різновидів підходу при вирішенні питання про допустимість доказів «за суттю», а не «за формою», та є однією з ланок забезпечення балансу інтересів особи, що обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, та суспільства, яке прагне встановлення істини у кримінальній справі. Її застосування дає обґрунтування можливості прийняття відповідних доказів задля забезпечення всебічного розгляду справи та дотримання балансу у кримінальному процесі.

Наступним виключенням з правил «плодів отруєного дерева» є концепція **«очищеної плями»** або **«очищення від бруду»**, яка застосовується у випадку, якщо стався розрив причинно-наслідкового ланцюга, що веде від незаконних методів розслідування до засудження особи, а також у випадку застосування компенсаторних процесуальних механізмів захисту порушених прав.

Концепція **«очищення від бруду»** вперше була сформульована також у США у справі Нардоне проти Сполу-

¹ Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>> accessed 12.04.2023.

² Постанова Великої палати Верховного Суду від 13.11.2019 у справі № 1–07/07 (Провадження № 13–36зв019) <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/85869105>> дата звернення 06.05.2023.

чених штатів (1939 р.) про незаконне прослуховування, у якій суд дійшов наступних ключових висновків: «1. під час підтримання обвинувачення у федеральному суді докази, отримані завдяки прослуховуванню в порушення Закону «Про зв'язок» 1934 р., є неприпустимими. Це стосується не лише самих перехоплених розмов, але, як наслідок, і доказів, отриманих завдяки використанню відомостей, отриманих в результаті таких розмов; 2. обвинувачений повинен в першу чергу довести перед судом першої інстанції, що прослуховування телефонних розмов було здійснено незаконно; 3. як тільки це буде встановлено, суддя під час судового розгляду повинен дати можливість обвинуваченому довести, що значна частина справи проти нього була результатом незаконного прослуховування; 4. твердження, що це посягання стосується будь-якої частини справи уряду, повинне своєю переконливістю під час судового розгляду задовольнити суд першої інстанції, а не бути лише засобом вилучення того, що є в уряді, перед тим, як подати його присяжним. І якщо така заява висувається після закінчення судового розгляду, суддя також повинен бути впевнений, що обвинувачений не міг на більш ранній стадії мати адекватні відомості при заявленні своєї вимоги»¹.

Застосування вище наведеної концепції у судовій практиці України, ми бачимо, у Постанові Великої Палати Верховного Суду по справі № 1–27/10 від 09.09.2020 р., в якій зазначено, що «Загалом практика ЄСПЛ свідчить про можливість застосування певних винятків із загальної доктрини заборони використання «плодів отруєного дерева», наприклад, у випадку ситуації так званого «неминучого виявлення» доказів вчинення злочинного діяння (рішення у справі «Светіна проти Словенії» (Svetina v. Slovenia)). Практика Великої Палати також підтверджує можливість викори-

стання доказів з так званого незалежного джерела, що призводить до висновків про необхідність виключення доказів, отриманих із порушенням конвенційних прав заявників, але з посиланням у судових рішеннях на інші докази вчинення кримінального правопорушення (постанова Великої Палати від 13.11. 2019 р. у справі № 1–07/07). У досліджуваній справі Велика Палата не вбачає за можливе використовувати зазначені вище виключення з доктрини заборони використання «плодів отруєного дерева». Хоча характер та результати слідчих дій за участю заявника та його захисника, під час яких були надані підтверджуючі та більш деталізовані свідчення щодо обставин та обстановки скоєння інкримінованих ОСОБА_1 злочинів, інші докази винуватості заявника свідчать про застосування процесуальних компенсаторних механізмів, які «очищують від бруду» порушення права заявника на захист у цій справі і дають підстави для повноцінного використання всієї сукупності отриманих доказів за винятком свідчень, наданих у явках з повинною ОСОБА_1 від 10.07. 2009 р.»². Тож, ми вважаємо, що зазначена концепція надає перевагу не процесуальній формі відповідного порушення, допущеного на стадії досудового розслідування кримінального провадження, а його впливу на здійснення подальшого розслідування та здобуття інших доказів, які надаються обвинуваченням на підтвердження винуватості особи у вчиненні відповідного кримінального правопорушення та доведеності її винуватості суду.

Наступна концепція допустимості – «**нешкідливої помилки**» є ще одним виключенням з концепції «плодів отруєного дерева» та застосовується коли помилка, що допущена при отриманні доказів, не може зашкодити справедливому розгляду. При цьому, О.В. Капліна слушно наголошує, що ця концепція повин-

¹ Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>> accessed 04.05.2023

² Постанова Великої палати Верховного Суду від 09.09.2020 у справі № 1–27/10 (Провадження № 13–22 зво 20) <https://zakon.cc/court/document/read/91572019_069a442d> дата звернення 06.05.2023.

на застосовуватися лише в тому випадку, коли помилка, що допущена під час її отримання, не може зашкодити справедливому розгляду справи по суті¹, що ми підтримуємо.

У судовій системі США концепція «нешкідливої помилки» використовується в контексті перегляду рішень судів першої інстанції апеляційним судом. Зокрема, у справі штат Флорида проти Джея Френча МАРШАЛЛА (1985 р.) «Верховний суд Сполучених Штатів постановив: по-перше, що правило «про нешкідливу помилку» відповідає федеральній конституції. Хастінг; Чепмен; по-друге, правило «нешкідливої помилки» є кращим методом сприяння відправленню правосуддя. Немає сенсу призначати новий судовий розгляд через нефундаментальну помилку, допущену під час судового розгляду, коли ми знаємо поза розумним сумнівом, що підсудний буде знову засуджений. Наші суди першої інстанції вже надмірно навантажені. Додатковий і непотрібний судовий розгляд у такому випадку може вплинути на права інших осіб на справедливий і швидкий судовий розгляд. Нарешті, ми повинні розглянути законодавчі наміри. Розділ 924.33 Статуту Флориди (1983 р.) приймає правило «нешкідливої помилки» для оскарження кримінальних вироків: Жодне рішення не може бути скасовано, якщо апеляційний суд не дійде висновку після вивчення всіх апеляційних документів, що була допущена помилка, яка завдала шкоди істотним правам апелянта. Не можна вважати, що помилка завдала шкоди істотним правам апелянта»². З цього приводу, Ален Е. Шоенбергер зазначає, що «судова практика за останні

три десятиліття, рішення Європейського суду з прав людини свідчать про те, що настав час переглянути цю юриспруденцію, щоб не постраждали свобода та рівність. Процесуальні перешкоди, які перешкоджають федеральній судовій практиці, повинні бути переоцінені з огляду на те, щоб зробити засіб правового захисту ефективним, доступним засобом правового захисту, особливо для ув'язнених, які можуть розібрати в достовірних випадках серйозні конституційні помилки, які можуть запламувати їхні переконання, або коли провина викликає серйозні сумніви. Федеральний закон має визнавати презумпцію здорового глузду більшості американців про те, що невинні люди не повинні бути ні страчені, ні ув'язнені. Конституційна помилка має бути підставою для захисту, якщо тільки помилка не є справді нешкідливою»³.

Концепція «нешкідливої помилки» має відображення у рішенні Європейського суду з прав людини по справі Дворські проти Хорватії (заява № 25703/11) від 20 жовтня 2015 року, в якому суд зазначив, що: «ця справа стосується ситуації, коли заявнику було надано доступ до адвоката з його першого допиту, але, не за скаргою захисника, а за власним вибором. На відміну від справ, пов'язаних із відмовою у доступі, більш м'яка вимога щодо «відповідних і достатніх» причин була застосована в ситуаціях, що порушують менш серйозну проблему «відмови у виборі». У таких випадках завдання Суду полягатиме в тому, щоб оцінити, у світлі провадження в цілому, права захисту могли «негативно вплинути» до такої міри, щоб підірвати їх загальну справедливість».

¹ О Капілна, Доктрина неминучого виявлення: витоки та практика ЄСПЛ / Кримінальний процес і криміналістика: виклики часу: збірник статей за матеріалами Всеукраїнської науково-практичної конференції з нагоди 20-річчя кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка (24 січня 2020 р., м. Львів) / орг. Ком. В.Т. Нор, Н.Р. Бобечко, І.І. Когутич [та ін.]. Львів: Львівський національний університет імені Івана Франка, 2020) <https://drive.google.com/file/d/1MiEK_YoAS9s3eFgW6tM8AF-EzXnqkCA2/view> дата звернення 30.04.2023.

² State v. Marshall, 476 So. 2d 150 (1985) <<https://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1985/66374-0.html>> accessed 08.05.2023.

³ The Not So Gr The Not So Great Writ: The E rit: The European Cour opean Court of Human Rights t of Human Rights Finds Habeas Corpus an Inadequate Remedy: Should American Courts Reexamine the Writ? Allen E. Shoenberger/Catholic University Law Reviev <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1146&context=lawreview>> accessed 08.05.2023.

При цьому, судьями KALAYDJIEVA, PINTO DE ALBUQUERQUE AND TURKOVIĆ була сформована окрема думка щодо помилки на стадії досудового розслідування у кримінальній справі, яка може вважатись не шкідливою: «більшість не вважає, що упередження, заподіяне заявникові через те, що він був неправомірно позбавлений права вибору адвоката, необхідно оцінювати в контексті інших наданих доказів, щоб визначити, чи помилка була нешкідливою, а провадження – в цілому було справедливим. «Ймовірний вплив» процедурної помилки є достатнім для того, щоб більшість визнала порушення ст. 6 Конвенції. Таким чином, оцінка загальної справедливості провадження, покладаючись на тест балансу, є надто податливим підходом. Існує потенційна небезпека того, що це призведе до надмірної свободи дій щодо того, як порушення основних процесуальних прав, таких як право на захисника за власним вибором, порівнюється з іншими процесуальними інтересами. Подібно до оцінки нешкідливої помилки, оцінка загальної справедливості провадження може призвести до дуже поганих результатів, коли, наприклад, дуже переконливі докази, такі як зізнання, зроблене обвинуваченим без незалежної юридичної допомоги, знаходять свій шлях до матеріалів кримінальної справи. і, зрештою, до суду. Думати інакше означало б або чисте незнання унікальної ролі, яку адвокат відіграє в кримінальному процесі як «сторожовий пес процесуальної законності», або цілеспрямоване заперечення правової держави. За словами Ендрю Ешворта, «критерій справедливого судового розгляду є достатньо гнучким, щоб, враховуючи таку кількість факторів, кожен суддя міг накласти власну печатку на те, що є «справедливим судовим розглядом»». Отже, більшість повинна була чітко відхилити будь-яке зба-

лансування помилкової відмови у виборі адвоката з іншими інтересами, як Суд неодноразово робив висновки у справі Салдуз, Даянан і Хусейн та інші у подібних ситуаціях необґрунтованої «відмови у доступі» до адвоката»¹.

Зазначена вище концепція була застосована у Постанові Верховного Суду України по справі № 668/69/16-к від 27.10.2021 р. та була сформульована таким чином: «при вирішенні питання щодо допустимості фактичних даних, отриманих з порушенням чинного кримінального процесуального законодавства, суд в кожному конкретному випадку має встановити: чи спричинило це порушення появу обґрунтованих сумнівів у достовірності фактичних даних, отриманих в результаті проведення процесуальної дії; чи можливо усунути такі сумніви за допомогою інших доказів чи додаткових процесуальних засобів доказування. У цьому випадку докази, отримані з порушеннями КПК України, можуть бути використані судом як допустимі лише у разі, якщо: ці порушення не є істотними, тобто не могли вплинути та не впливають на достовірність отриманих фактичних даних; порушення є суттєвими (такими, що породжують сумніви у достовірності доказів), втім такі сумніви можуть бути усунуті іншими зібраними допустимими доказами. У разі встановлення порушення, що породжує сумніви в достовірності отриманих фактичних даних, які неможливо усунути на основі інших доказів чи за допомогою проведення додаткових процесуальних дій, суд має визнати такий доказ недопустимим. Суд здійснює встановлення достовірності доказу шляхом дослідження та аналізу його змісту, перевірки та співставлення з іншими доказами на предмет об'єктивного взаємозв'язку та взаємоузгодження»².

Тобто, ми бачимо, що як й у всіх наведених вище концепціях, що є ви-

¹ Case of Dvorski v. Croatia. 2015. № 25703/11, 76–82, ECHR <<https://www.legaltools.org/doc/388f83/pdf/>> accessed 07.05.2023.

² Постанова Верховного Суду від 27.10.2021 у справі № 668/69/16-к (провадження № 51–10088 км 18) <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/100734860>> дата звернення 09.05.2023.

нятками з концепції «плодів отруєного дерева» так і зазначена концепція «нешкідливої помилки» ставить у пріоритетний статус саме вплив, який відповідні порушення мали на судовий розгляд в цілому та його справедливість, не підходячи до вирішення питання допустимості доказів за формальними ознаками. Тож, застосування цієї концепції на практиці, на нашу думку, повинно бути забезпеченням справедливого судового розгляду для усіх сторін, як для обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, так і для потерпілої сторони, а також суспільства в цілому, у якого є справедливі очікування щодо застосування до осіб, винних в порушенні встановлених правил поведінки, справедливої відповідальності встановленої законом, та неможливості уникнення покарання у зв'язку з зайвим формалізмом при розгляді справи.

Таким чином, за проведеним дослідженням вважаємо, що всі виключення з концепції «плодів отруєного дерева» мають спільні риси, зокрема: по-перше, концентрування дослідження не на порушенні як на такому, а на його суті; по-друге, встановлення впливу тих чи інших порушень на забезпечення справедливого судового розгляду; по-третє, дослідження впливу порушень на довіру до відповідного доказу та можливість суду дійти певних висновків щодо встановлення винуватості особи у вчиненні певного кримінального правопорушення. Тобто, вони надають можливість відходу від формалізму в питаннях, які торкаються: допустимості доказів, забезпечення справедливого судового розгляду та досягнення мети кримінального провадження. Рішення суду має бути за-

конними та справедливими, досягнення цього можливе за умови дотримання як судом, так і учасниками кримінального провадження вимог закону на всіх стадіях кримінального провадження, як при проведенні досудового розслідування так і при розгляді справи в суді по суті. Але, слід зазначити, що це не є самоціллю кримінального процесу, а є стримуючим фактором для органів досудового розслідування від свавілля, оскільки питання допустимості доказів є дискрецією суду.

Висновки. За дослідженням, застосування, при вирішенні питання щодо допустимості доказів у кримінальному провадженні, наряду з концепцією «плодів отруєного дерева» інших концепцій, які фактично є виключенням з означеної, дають гнучкості кримінальному процесу у питанні визнання доказів допустимими, що забезпечує справедливість судового процесу для обох сторін та певного балансу між громадськими інтересами суспільства та особи, яка притягується до кримінальної відповідальності, її прав та свобод. Справедливість процесу в цілому та рішення (вироку) суду, як документу який приймається за його наслідками, може бути досягнутий прозорістю та зрозумілістю застосованих норм та процедур для учасників процесу та суспільства. Стримуючим фактором від вчинення кримінальних правопорушень може бути виключно розуміння невідворотності покарання та правова визначеність як у правилах поведінки осіб, так і у наслідках, які тягне за собою порушення цих правил. Це є запорукою досягнення балансу в суспільстві, що є однією з ознак правової держави.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Postanova Velikoy palaty Verkhovnoho Sudu vid 13.11.2019 u spravi № 1–07/07 (Provadgennya № 13–36зво19) [Resolution of the Grand Chamber of the Supreme Court in the case № 1–07/07] <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/85869105>> data zvernennya 06.05.2023 [in Ukrainian].

2. Postanova Velikoy palaty Verkhovnoho Sudu vid 09.09.2020 u spravi № 1–27/10 (Provadgennya № 13–22 zvo 20) [Resolution of the Grand Chamber of the Supreme Court in the case № 1–27/10] <https://zakon.cc/court/document/read/91572019_069a442d> data zvernennya 06.05.2023 [in Ukrainian].

3. Postanova Verkhovnoho Sudu vid 27.10.2021 u spravi № 668/69/16-к (Provadgennya № 51–10088 km 18) [Resolution of the Supreme Court in the case № 668/69/16-к] <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/100734860>> data zvernennya 09.05.2023 [in Ukrainian].

CASES

4. Case of Dvorski v. Croatia 2015 № 25703/11, 76–82, ECHR, 2015 p. <<https://www.legaltools.org/doc/388f83/pdf/>> accessed 07.05.2023 [in English].

5. Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>> accessed 04.05.2023 [in English]

6. Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939). <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>> accessed 04.05.2023 [in English]

7. State v. Marshall, 476 So. 2d 150 (1985). <<https://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1985/66374-0.html> (data zvernennya)> accessed 08.05.2023 [in English].

8. Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963). <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>> accessed 04.05.2023 [in English].

BIBLIOGRAPHY

BOOKS

9. *Encyclopedia suchasnoyi Ukraini. Tom 8. Litera D* [Encyclopedia of modern Ukraine] <<https://esu.com.ua/article-20527>> data zvernennya 03.05.2023 [in Ukrainian].

10. *Encyclopedia suchasnoyi Ukraini. Tom 14. Litera K* [Encyclopedia of modern Ukraine] <<https://esu.com.ua/article-3256>> data zvernennya 03.05.2023 [in Ukrainian].

11. *Slovník inšomovnih sliv [Dictionary of foreign words]* <<https://www.jnsm.com.ua/cgi-bin/u/book/sis.pl?Qry=%C4%EE%EA%F2%F0%E8%ED%E0>> data zvernennya 03.05.2023 [in Ukrainian].

12. *Slovník inšomovnih sliv [Dictionary of foreign words]* <<https://www.jnsm.com.ua/cgi-bin/u/book/sis.pl?Qry=%CA%EE%ED%F6%E5%EF%F6%B3%FF>> data zvernennya 03.05.2023 [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

13. Kaplina O. “Doctrina nemynuchogo vyavleniia: vytoki ta praktika ESLP” [The doctrine of inevitable discovery: origins and practice of the ECHR] *Kriminalnyi proces i kriminalistika: vyklyky chasu: zbirnik stattei za materialamy vseukrainskoyi naukovo-praktichnoyi konferencyi z nagody 20-richya kafedry kriminalnogo procesy i kriminalistiki Lvivskogo natsionalnogo universitetu imeni Ivana Franka* [Criminal process and criminology: challenges of time: a collection of articles based on the materials of the All-Ukrainian Scientific and Practical Conference on the occasion of the 20th anniversary of the Department of Criminal Process and Forensic Science of the Ivan Franko National University of Lviv] (Lviv, 2020) <https://drive.google.com/file/d/1MiEk_YoAS9s3eFgW6tM8AF-EzXnqkCA2/view> data zvernennya 30.04.2023 [in Ukrainian].

WEBSITES

14. The Not So Gr The Not So Great Writ: The E rit: The European Cour opean Court of Human Rights t of Human Rights Finds Habeas Corpus an Inadequate Remedy: Should American Courts Reexamine the Writ? Allen E. Shoenberger/Catholic University Law Reviev/ <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1146&context=lawreview>> data zvernennya 08.05.2023 [in English].

Teslenko I. O.,
Postgraduate student of
Kharkiv National University
of Internal Affairs
ORCID ID: 0009–0007–2622–0289

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/211-220>

CONCEPTS OF ADMISSIBILITY OF EVIDENCE AND THEIR IMPLEMENTATION IN THE CRIMINAL PROCESS OF UKRAINE

Abstract. *The author of the article examines the provisions of the current criminal procedural legislation of Ukraine, the decision of the European Court of Human Rights and the modern practice of the courts of Ukraine regarding the application of the concept of “fruits of a poisoned tree” and exceptions to it. It has been proven that establishing the commission of a relevant criminal offense by a certain person or, conversely, his non-involvement in its commission is carried out on the basis of evidence provided to the court by the participants in the adversarial procedure. Determining the admissibility of the evidence presented to the court is a guarantee of the balance of rights of all participants in the criminal proceedings and ensuring that the court adopts a legal and fair decision on the case. In this context, the implementation of the concepts formulated in the criminal trials of foreign countries, regarding issues of admissibility of evidence, to the current criminal procedural legislation of Ukraine becomes important and requires additional research.*

The purpose of the article is to study the essence of concepts that are an exception to the rule of “fruits of the poisoned tree”, to implement their application in the judicial practice of Ukraine, in order to obtain new scientific knowledge and ensure correct understanding.

In the world practice and the practice of the European Court of Human Rights, in particular, certain concepts were formed when solving the issue of admissibility of evidence in criminal proceedings, which are implemented at the present time and in the judicial practice of Ukraine. The most widespread and well-known of them in matters of inadmissibility of evidence is the concept of “fruit of the poisoned tree”, the essence of which is that if the source of evidence is improper, then all the evidence obtained with its help will be the same. However, at the present time there are already a certain number of concepts that are an exception to it and offer a different approach to the issue of recognizing evidence as admissible.

It is noted that all exceptions from the concept of “fruits of the poisoned tree” have common features, in particular: first, the focus of the research is not on the violation as such, but on its essence; secondly, on establishing the impact of certain violations on ensuring a fair trial; thirdly, the credibility of the relevant evidence and the ability of the court to reach certain conclusions regarding the establishment of a person’s guilt in committing the relevant criminal offense. That is, they provide opportunities to move away from formalism in matters related to: admissibility of evidence, ensuring a fair trial and achieving the goal of criminal proceedings.

It was concluded that the application, when the issue of admissibility of evidence in criminal proceedings is resolved, along with the concept of “fruit of the poisoned tree” of other concepts, which are actually an exception to the stated one, gives flexibility to the criminal process in the matter of recognizing evidence as admissible, which ensures the fairness of the judicial process for both sides and a certain balance between the public interests of society and the person who is brought to criminal responsibility, his rights and freedoms. The justice of the process as a whole and the decision (sentence) of the court, as a document that is accepted according to its consequences, can be achieved by transparency and comprehensibility of the applied norms and procedures for the participants in the process and society.

Key words: *criminal process, the concept of “fruits of a poisoned tree”.*

VI. НАУКОВІ ВИСНОВКИ, ПРОПОЗИЦІЇ ТА ЗАУВАЖЕННЯ ДО ЗАКОНОПРОЕКТУ

НАУКОВИЙ ВИСНОВОК кафедри кримінального процесу та криміналістики Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини шостої статті 615 Кримінального процесуального кодексу України

Зі змісту звернення вбачається, що Конституційний Суд України здійснює конституційне провадження у справі за конституційною скаргою щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини шостої статті 615 Кримінального процесуального кодексу України (далі за текстом КПК). Відповідно до оспорюваної норми у разі закінчення строку дії ухвали суду про тримання під вартою та неможливості розгляду судом питання про продовження строку тримання під вартою в установленому цим Кодексом порядку обраний запобіжний захід у вигляді тримання під вартою вважається продовженим до вирішення відповідного питання судом, але не більше ніж на два місяці. У своїй конституційній скарзі особа просить визнати положення частини шостої статті 615 Кримінального процесуального кодексу України неконституційними, оскільки, на його думку, вони не відповідають статті 3, частині першій та другій статті 8, частині першій статті 29, частині першій та другій статті 55, частині першій статті 59, частині другій статті 63, ча-

стині першій та другій статті 64, частині першій-третьій статті 129 Конституції України.

Стаття 3 Основного Закону України визначає, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Слід зазначити, що питання реалізації права на свободу та особисту недоторканність особи в кримінальному провадженні після введення 24 лютого 2022 р. воєнного стану в Україні, у зв'язку із повномасштабною збройною агресією російської федерації, становить важливу проблему правового регулювання та правозастосування.

Під час дії воєнного стану згідно частини 1 статті 4 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та частини 1 статті 15 Європейської конвен-

ції з прав людини та основоположних свобод держава має право на відступ від окремих міжнародних зобов'язань у сфері забезпечення прав людини, але із певними застереженнями – тільки в такій мірі, в якій це продиктовано гостротою становища, при умові, що такі заходи не є несумісними з їх іншими зобов'язаннями за міжнародним правом.

Конституція України визначає, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом (стаття 55). Офіційне тлумачення частини першої статті 55 надане у Рішенні Конституційного Суду № 9-зп від 25.12.97.

Згідно зі статтею 12–2 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» в умовах правового режиму воєнного стану суди, органи й установи системи правосуддя діють виключно на підставі, в межах повноважень та у спосіб, визначені Конституцією України й законами України. Відповідно до ст. 26 цього Закону **скорочення чи прискорення будь-яких форм судочинства забороняється.**

Слід зазначити, що кримінальне провадження повинно здійснюватися з дотриманням принципу верховенства права, відповідно до якого саме людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується (частина перша статті 8 Конституції України та КПК). Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (частина 2 статті 8 КПК). Крім того, Кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (частина 5 статті 9 КПК).

Зі змісту положень статті 2 КПК вбачається, що завданням кримінального провадження перш за все є охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження та застосування належної правової процедури, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений.

На національному рівні згідно зі статтею 64 Основного Закону України конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України, проте **в умовах воєнного** або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень, однак, слід наголосити, що **права на свободу та особисту недоторканність, передбачені статтею 29 Конституції України не можуть бути обмежені, зокрема, «ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його припинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою. Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе**

заходу припиняє свою дію після закінчення строку дії ухвали про обрання запобіжного заходу, ухвалення виправдального вироку чи закриття кримінального провадження в порядку, передбаченому цим Кодексом».

Внесення змін до статті 615 КПК щодо особливого режиму кримінального провадження в умовах воєнного стану внаслідок повномасштабної збройної агресії російської федерації проти України (редакції Закону № 2111-IX від 03.03.2022; із змінами, внесеними згідно із Законом № 2137-IX від 15.03.2022) фактично призвело до відступу від певних конвенційних зобов'язань України та зазначених конституційних приписів в частині реалізації права на свободу та особисту недоторканність особи в кримінальному провадженні. Так у період дії воєнного стану частиною б статті 615 КПК фактично передбачено позасудову процедуру вирішення питання про продовження строку запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою щодо обвинуваченого, зокрема: «у разі закінчення строку дії ухвали суду про тримання під вартою та неможливості розгляду судом питання про продовження строку тримання під вартою в установленому цим Кодексом порядку обраний запобіжний захід у вигляді тримання під вартою вважається продовженим до вирішення відповідного питання судом, але не більше ніж на два місяці».

Проте вбачається, що питання продовження тримання під вартою обвинуваченого може бути вирішено лише судом у судовому засіданні з ухваленням обґрунтованого та мотивованого процесуального рішення (винесення ухвали). Такий порядок в достатній мірі ґрунтується на вимогах статті 55 Конституції України. Але частина шоста статті 615 КПК передбачає позасудову процедуру продовження тримання під вартою, що суперечить статті 55

Конституції України. Тобто, неконституційним є автоматичне, позасудове продовження строку тримання під вартою. Вбачається, що застосування норми частини шостої статті 615 КПК фактично позбавило Скаржника права на доступ до суду, гарантованого статтею 55 Конституції України.

Це свідчить про недотримання принципу «якості закону», про який у своєму рішенні «J.N проти Великобританії» від 19 травня 2016 року ЄСПЛ звертає увагу та зазначає, що «позбавлення волі допускається на підставі норми національного законодавства. Таке законодавство повинно бути достатньою мірою доступним і чітким, а практика його застосування має бути передбачуваною. Фактори, що мають значення для оцінки «якості закону» (які в деяких випадках називаються «гарантіями проти свавілля»), включають наявність чітких правових положень щодо порядку прийняття рішення про тримання під вартою, продовження строку тримання під вартою та встановлення граничних строків для тримання під вартою; та наявність ефективного засобу правового захисту, за допомогою якого заявник може оскаржити «законність» та «тривалість» тримання під вартою»¹.

Проблему продовження строку тримання під вартою слідчим суддею та судом можливо вирішити шляхом законодавчого запровадження «письмового провадження». Судова практика пішла наступним шляхом: у Пункті 7 Абзацу другого Листа Голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 03 березня 2022 року № 1/0/2–22 «Щодо окремих питань здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану» зазначено, що «ураховуючи об'єктивні обставини, як виняток, можна допускати розгляд клопотань щодо запобіжних заходів без участі підозрюваного, з належною мотивацією

¹ Case «J.N. v. the United Kingdom» 19.05.2016 <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-162855%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-162855%22]})> дата звернення 11.06.2023.

такої процедури розгляду». У період дії воєнного стану з метою забезпечення розумних строків кримінального провадження, а також для збереження життя та здоров'я учасників кримінального провадження допустимим може бути запровадження розгляду питання щодо застосування запобіжних заходів у порядку письмового провадження.

Законодавець визначив, що ухвала суду про продовження строку тримання під вартою, постановлена під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судового рішення по суті, може бути оскаржена в апеляційному порядку (частина четверта статті 331 КПК). Процедура розгляду апеляційної скарги на ухвалу про продовження тримання під вартою визначена нормою статті 422–1 КПК. Однак, застосування норми частини шостої статті 615 КПК унеможливає подання апеляційної скарги щодо продовження тримання під вартою та її розгляд апеляційним судом, оскільки таке рішення судом не ухвалюється і, фактично, відбувається автоматичне продовження строку тримання під вартою без судової процедури та без ухвалення обґрунтованого та мотивованого судового рішення про продовження застосування запобіжного заходу за правилами статті 331 та глави 18 КПК.

Відповідно до **частини другої статті 63 Конституції України підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист**. У свою чергу, у КПК законодавець передбачив (деталізував), що право на захист полягає у наданні можливостей підозрюваному, обвинуваченому надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права, передбачені КПК (частина перша статті 20 КПК). Фактично положення частини шостої статті 615 КПК суперечить частині другій статті 63 Конституції Укра-

їни, оскільки передбачають позасудову процедуру продовження дії найбільш суворого запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, внаслідок чого, сторона захисту позбавлена можливості реалізації процесуальних прав, що складають сутність права на захист в розумінні вищенаведених норм права. **Вбачається, що застосування норми частини шостої статті 615 КПК порушило право Скаржника на захист, гарантоване частиною другою статті 63 Конституції України.**

Розглядаючи питання апеляційного та касаційного оскарження судових рішень, зокрема у Рішенні від 11 грудня 2007 року № 11-рп/2007 Конституційний Суд України зазначив, що *«реалізацією права особи на судовий захист є можливість оскарження судових рішень у судах апеляційної і касаційної інстанцій; перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядку гарантує відновлення порушених прав і охоронюваних законом інтересів людини і громадянина»* (абзац третій підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини).

Також, Конституційний Суд України бере до уваги Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи від 27 вересня 2006 року № Rec (2006) 13 державам-членам щодо застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, умов, в яких воно має відбуватися, та про заходи забезпечення гарантій проти зловживань, якими визначено детальні стандарти щодо права на оскарження: *«18. Будь-яка особа, що її утримують під вартою, як і будь-хто, щодо кого ухвалюється рішення стосовно продовження такого утримання або стосовно альтернативних заходів, повинна мати право оскаржити таке рішення та по ухваленні цього рішення повинна бути поінформованою про наявність такого права. Утримувана під вартою особа повинна мати самостійне право невідкладно звернутись до суду в питанні правомірності утримання її під арештом. Це право може бути*

автоматичного продовження тримання під вартою, що не відповідає статті 3, частині першій та другій статті 8, частині першій статті 29, частині першій та другій статті 55, частині першій статті 59, частині другій статті 63, частині першій та другій статті 64, частині першій-третьій статті 129 Конституції України.

Конституційне право на свободу та особисту недоторканність, передбачене статтею 29 Конституції України не може бути обмежено, зокрема, ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підста-

вах та в порядку, встановлених законом. Кожний затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання. Таким чином положення частини шостої статті 615 Кримінального процесуального кодексу України слід вважати неконституційними.

Науковий висновок підготовлено завідуючою кафедри кримінального процесу та криміналістики Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, к.ю.н., доцентом Костюченко О.Ю.

НАУКОВИЙ ВИСНОВОК

кафедри кримінального процесу та криміналістики Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 459 Кримінального процесуального кодексу України

Зі змісту звернення вбачається, що Конституційний Суд України здійснює конституційне провадження у справі за конституційною скаргою щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 459 Кримінального процесуального кодексу України.

У своїй конституційній скарзі особа просить перевірити частину першу статті 459 Кримінального процесуального кодексу України (далі за текстом КПК) на предмет конституційності – відповідності частині першій статті 8, частині першій статті 24, частині другій статті 55, пункту 1 частини другої статті 129 Конституції України та визнати неконституційною заборону перегляду ухвал слідчих суддів за виключними обставинами.

Для відповіді у науковому висновку поставлені наступні питання:

1) чи забороняє частина перша статті 459 КПК безпосередньо або ж у посутньому зв'язку з іншими приписами Кодексу перегляд ухвал слідчих суддів за нововиявленими обставинами;

2) чи відповідатиме принципів верховенства права та основним засадам судочинства, визначеним Конституцією України, можливість перегляду за нововиявленими обставинами ухвал слідчих суддів.

Частини перша статті 8 Конституції України проголошує, що в Україні

визнається і діє принцип верховенства права.

Частина перша статті 24 Конституції України зазначає, що громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом.

Частина друга статті 55 Конституції України визначає, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Згідно пункту 1 частини другої статті 129 Конституції України рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом є однією з основних засад судочинства.

Слід наголосити, що за змістом статті 2 КПК завданнями кримінального провадження як у цілому, так і кожного його етапу (стадії) є в першу чергу захист особи, в другу – суспільства та в третю держави від кримінальних правопорушень, крім того, невід'ємною складовою є і охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа

не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

Вбачається, що застосування належної правової процедури щодо кожного учасника кримінального процесу передбачає **максимальне використання всіх існуючих процесуальних інститутів для забезпечення захисту їх прав, свобод та законних інтересів на всіх етапах (стадіях) кримінального провадження.**

Проте механізм застосування певних процесуальних інститутів не завжди є повністю однозначним для розуміння суб'єктами правозастосування, що свідчить про **недотримання законодавцем принципу правової визначеності, що вкрай негативно впливає на виконання завдань кримінального провадження та практику правозастосування.**

Поставлені на вирішення у науковому висновку питання та аналіз змісту конституційної скарги особи свідчать про **існування проблеми правової визначеності у розумінні та застосуванні процесуального інституту нововиявлених обставин щодо можливості перегляду ухвали слідчого судді, тобто правозастосуванні частини першої статті 459 КПК.**

У Конституції України у Розділі VIII «Правосуддя» йде мова про **суди та суддів**. Крім того, визначено тільки **функцію правосуддя, яку в Україні здійснюють виключно суди (стаття 124) та судді (частина 1 статті 127 та частина 1 статті 129).**

Слід звернути увагу, що термін «слідчий суддя» не використовується у Конституції України, крім того, в Основному Законі України у Розділі VIII «Правосуддя» прямо нічого не зазначено щодо повноваження із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні. У відповідних статтях Розділу II Конституції Украй-

ни «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», які стосуються обмеження свобод осіб у кримінальному провадженні також не використовується термін слідчий суддя, а таке право надане тільки суду, який повинен вирішити ці питання лише вмотивованим рішенням суду. Відповідно здійснення повноважень із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні належить тільки суду, який повинен прийняти з цього виводу мотивоване рішення.

Зокрема, звернемо увагу на терміни у статтях 29–31 Конституції України:

Стаття 29. Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність.

Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим **рішенням суду** і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом.

У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути **перевірена судом**. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого **рішення суду** про тримання під вартою.

Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правничою допомогою захисника.

Кожний затриманий має право у будь-який час **оскаржити в суді** своє затримання.

Про арешт або затримання людини має бути негайно повідомлено родичів заарештованого чи затриманого.

Стаття 30. 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.

Стаття 31. Кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише **судом** у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочини чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо.

Аналіз вищенаведених статей 29–31 Конституції України дає право зробити **однозначний висновок, що законодавець використовує тільки терміни «суд», «рішення суду», відповідно право обмежити конституційні права та свободи особи має тільки суд у своєму вмотивованому рішенні.**

Відповідно терміни «слідчий суддя» та «ухвала слідчого судді» використовуються тільки у Законі України «Про судоустрій та статус суддів» та КПК.

Про **слідчих суддів** та здійснення ними повноважень із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні законодавець говорить у **частині 8 статті 21 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»**, зокрема, що слідчий суддя не звільняється від виконання обов'язків судді першої інстанції, проте здійснення ним повноважень із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні враховується при розподілі судових справ та має пріоритетне зна-

чення. У частині 9 статті 29 цього Закону визначено, що Голова апеляційного суду здійснює повноваження **слідчого судді** та призначає з числа суддів апеляційного суду суддів (суддю) для здійснення таких повноважень у випадках, визначених процесуальним законом;

Зміст терміну «слідчий суддя» визначений законодавцем у **пункті 18 частини 1 статті 3 КПК – суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому цим Кодексом, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні**, та у випадку, передбаченому статтею 247 цього Кодексу, – **голова чи за його визначенням інший суддя відповідного апеляційного суду**. Слідчий суддя (слідчі судді) у суді першої інстанції обирається зборами суддів зі складу суддів цього суду;

Фактично комплексний аналіз правового регулювання здійснення повноважень слідчих суддів із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні дає можливість зробити ВИСНОВОК, що здійснюючи ці повноваження слідчий суддя виконує конституційне повноваження суду, а всі його ухвали є рішеннями суду. Слідчий суддя діє від імені суду як суддя – носій судової влади. Реалізація слідчим суддею повноважень із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні є складовим елементом реалізації функції правосуддя.

Згідно положень частини 1 статті 110 КПК **процесуальними рішеннями є всі рішення органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді, суду.**

У частині 2 статті 110 КПК вже **конкретизується форма судових рішень, що судові рішення приймається у формі ухвали, постанови або вироку**, які мають відповідати вимогам, передбаченим статтями 369, 371–374 цього Кодексу.

Поняття «рішення суду» та «судове рішення» у кримінальному провадженні є тотожними за своїм змістовним наповненням.

Найважливішою метою судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні є захист прав людини, який можливий лише за існування законного, обґрунтованого, мотивованого, справедливого процесуального рішення слідчого судді – ухвали слідчого судді. Саме для досягнення цієї мети повинні бути реалізовані процесуальні гарантії, зокрема, право на справедливий розгляд слідчим суддею питань, які належать до предмету судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, **складовою якого слід вважати і право на оскарження та перегляд ухвали слідчого судді.**

У реалізацію конституційних приписів частини другої статті 55 Конституції України згідно **частини 1 статті 24 КПК кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень**, дій чи бездіяльності суду, **слідчого судді**, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом.

Провадження за нововиявленими або виключними обставинами, передбачене Главою 34 КПК, за своєю правовою природою є екстраординарною стадією кримінального провадження. Перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами є важливою гарантією захисту прав і свобод людини, зокрема, у сфері кримінального судочинства. Перегляд судових рішень, які набрали законної сили, є додатковим засобом забезпечення законності рішення суду і є резервним механізмом захисту прав і законних інтересів осіб і забезпечення справедливого та ефективного здійснення правосуддя.

Слід звернути увагу, що у главі 34 КПК «Провадження за нововиявленими або виключними обставинами» законодавець використовує терміни: «кримі-

нальне провадження», «суд», «судове рішення», «вирок», «ухвала», «учасники судового провадження», **проте не використовує термін «судове провадження».** Зміст терміну «судове провадження» визначений у пункті 24 статті 3 КПК – кримінальне провадження у суді першої інстанції, яке включає підготовче судове провадження, судовий розгляд і ухвалення та проголошення судового рішення, провадження з перегляду судових рішень в апеляційному, касаційному порядку, а також за **нововиявленими або виключними обставинами.**

Підставами для здійснення **кримінального провадження за нововиявленими обставинами** згідно статті 459 КПК є:

1. Набрання судовим рішенням законної сили (об'єкт перегляду);

2. Наявність однієї чи декількох нововиявлених обставин (предмет перегляду), зокрема:

1) штучне створення або підроблення доказів, неправильність перекладу висновку і пояснень експерта, завідомо неправдиві показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, на яких ґрунтується вирок;

3) скасування судового рішення, яке стало підставою для ухвалення **вироку чи постановлення ухвали, що належить переглянути;**

4) інші обставини, які не були відомі суду на час судового розгляду при ухваленні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність вироку чи ухвали, що належить переглянути.

Крім того, слід звернути увагу на зміст частини 1 статті 463 КПК, що заява про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами подається **до суду тієї інстанції, який першим допустив помилку внаслідок незнання про існування таких обставин.**

Також слід звернути увагу на зміст пунктів 4 та 5 статті 462 КПК, що у заяві про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами

зазначаються: обставини, що могли вплинути на судові рішення, але не були відомі та не могли бути відомі суду та особі, яка звертається із заявою, під час судового розгляду; обґрунтування з посиланням на обставини, що підтверджують наявність нововиявлених обставин, та зміст вимог особи, яка подає заяву, до суду.

Висновок. Відповідаючи на поставлене питання: «чи забороняє частина перша статті 459 КПК безпосередньо або ж у присутньому зв'язку з іншими приписами Кодексу перегляд ухвал слідчих суддів за нововиявленими обставинами», слід зазначити, що прямої заборони на перегляд ухвал слідчих суддів за нововиявленими обставинами частина перша статті 459 КПК не містить. Проте відсутня пряма вказівка на право оскарження та перегляду. Фактично судова практика щодо неможливості оскарження та перегляду ухвал слідчих суддів за нововиявленими обставинами пішла шляхом **наслідкового формально-юридичне розуміння змісту використаних у главі у главі 34 КПК «Проведення за нововиявленими або виключними обставинами» термінів** у зв'язку з іншими приписами КПК, що говорить про порушення принципу правової визначеності у правовому регулюванні цього питання, що призводить до неоднозначне розуміння та правозастосування цих норм. Такий підхід у судовій практиці не дає можливості своєчасно виправити помилку слідчого судді в його ухвалі шляхом її перегляду. Фактично незаконне та несправедливе рішення слідчого судді набуває законної сили та повинно бути виконане. Така ситуація є неприпустимою,

оскільки виправлення помилкового рішення слідчого судді у формі ухвали повинно мати місце та бути максимально наближеним у часі до моменту його перегляду та виправлення судової помилки. Позбавлення права на доступ до суду у вигляді перегляду ухвали слідчого судді за нововиявленими обставинами слід вважати недомірним по відношенню до поставленої мети, що **свідчить про невідповідність оспорюваної норми КПК частині 1 статті 8 Конституції України в частині принципу правової визначеності як складової принципу верховенства права.** А оскільки в такий непропорційний спосіб було обмежено право на доступ до суду, то ця норма з тих же причин суперечить частині другій статті 55 Конституції України. У реалізацію конституційних приписів частини другої статті 55 Конституції України згідно частини 1 статті 24 КПК кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, **слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом.**

Відповідно на поставлене питання: «чи відповідатиме принципіві верховенства права та основним засадам судочинства, визначеним Конституцією України, можливість перегляду за нововиявленими обставинами ухвал слідчих суддів» слід відповісти **так.**

Науковий висновок підготовлено завідувачкою кафедри кримінального процесу та криміналістики Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, к.ю.н., доцентом Костюченко О.Ю.

ВІСНИК КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Науково-практичний журнал

№ 1–2/2023

Відповідальний за випуск
Комп'ютерна верстка
Обкладинка

О. В. Діордійчук
Д. М. Алексєєв
Д. М. Алексєєв

Підписано до друку **.**.2023 р. Формат 70x108 ¹/₁₆
Папір офсетний. Гарнітура Times New Roman.
Друк офсетний. Умовн. друк. арк. ***.

ТОВ «Правова Єдність»
04074, м. Київ, вул. Лугова, 13.
Тел.: (044) 223–15–25, (099) 607–97–62.
E-mail: alerta.pravovaednist@gmail.com
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 4645 від 30.10.2013

Адреса редакції:
01601, м. Київ, вул. Володимирська, 60
Тел.: (044) 239–32–45
Сайт журналу: vkslaw.knu.ua

*Редакційна колегія не завжди поділяє позицію авторів.
За достовірність викладеного матеріалу відповідальність несуть автори.*