

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРАВОТВОРЧОСТІ
ТА НАУКОВО-ПРАВОВИХ ЕКСПЕРТИЗ
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО ТА ПРОВОА ДЕРЖАВА: ВИКЛИКИ СЬОГОДЕННЯ

Монографія

*За загальною редакцією
О. О. Кота, А. Б. Гриняка,
Л. Ф. Купіної, В. І. Шакуна*

 ПРОВОА
ЄДНІСТЬ
РЕДАКЦІЯ
ЮРИДИЧНИХ
ВИДАНЬ

Київ • Алерта • 2023

УДК 340.018:321]:323.21](477)''364''(02)
Г87

*Рекомендовано до друку на засіданні Вченої ради
НДІ правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії правових наук України
(протокол № 8 від 14 вересня 2023 року)*

Рецензенти:

Копиленко Олександр Любимович – доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) Національної академії наук України, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, заслужений юрист України, народний депутат України;

Смокович Михайло Іванович – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, голова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду.

Г87 Громадянське суспільство та правова держава: виклики сьогодення: монографія / за заг. ред. О.О. Кота, А.Б. Гриняка, Л.Ф. Купіної, В.І. Шакуна. Київ : Алерта, 2023. 304 с.

ISBN 978-617-566-798-9

Монографія присвячена актуальним питанням взаємодії громадянського суспільства, держави та людини. Колектив авторів, до якого увійшли вчені Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України, дослідив основні складові громадянського суспільства, його ознаки та форми співпраці з державою в умовах дії воєнного стану, викликів сьогодення та в період післявоєнного відновлення для ефективної розбудови демократичної правової держави Україна в європейському просторі.

Монографія розрахована на науковців, викладачів, аспірантів, докторантів та студентів юридичних спеціальностей, юристів-практиків, працівників державної служби, місцевого самоврядування, правоохоронних органів та суду, а також представників громадських організацій та всіх, хто цікавиться проблемами формування ціннісно орієнтованого суспільства.

УДК 340.018:321]:323.21](477)''364''(02)

© Авторський колектив, 2023

© Науково-дослідний інститут

правотворчості та науково-правових
експертиз НАПрН України, 2023

ISBN 978-617-566-798-9

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА	5
------------------------	----------

РОЗДІЛ 1.

ВЗАЄМОДІЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ДЕРЖАВИ В УМОВАХ ДІЇ ВОЄННОГО СТАНУ

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи, співвідношення з державою в умовах дії воєнного стану в Україні	13
1.2 Несправедлива справедливість.....	31
1.3 Нові правові імунітети в умовах національного спротиву	58
1.4 Взаємодія громадянського суспільства і суду як інституції в умовах воєнного стану	84

РОЗДІЛ 2.

ВЗАЄМОДІЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА, ЛЮДИНИ ТА ДЕРЖАВИ: ВИКЛИКИ СЬОГОДЕННЯ

2.1 Екзистенційні виклики громадянського суспільства.....	102
2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей: злободенний виклик для України.....	119
2.3 Запобігання дискримінації в сфері зайнятості під час війни: соціальна політика України та вимоги Європейського Союзу.....	142
2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування	167

РОЗДІЛ 3.

ВЗАЄМОДІЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ДЕРЖАВИ В ПЕРІОД ПІСЛЯВОЄННОГО ВІДНОВЛЕННЯ

3.1 Післявоєнна відбудова України: забезпечення балансу публічних та приватних інтересів при здійсненні спільної діяльності.....	187
--	-----

3.2	Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг	208
3.3	Функціонування системи недержавного пенсійного забезпечення: європейський досвід та перспективи для України	240
3.4	Практика Суду ЄС та Верховного Суду щодо особливостей протидії податковому шахрайству та підтвердження реальності операцій платників податків.....	257
	АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ	300

ПЕРЕДМОВА

Ця праця створена завдячуючи силам оборони України, які чинять національний спротив, виборюють право на мирне життя в Україні та забезпечують ученим можливість розробляти науково-практичні проблеми взаємодії держави, особи та громадянського суспільства, пропонувати шляхи їх вирішення для зміцнення демократії, верховенства права та розвитку євроінтегрованого громадянського суспільства.

Повномасштабне вторгнення росії на територію незалежної держави стало злободенним викликом для України, який потребував оперативного вирішення низки проблем, що були обумовлені збереженням територіальної цілісності України, державного суверенітету та найвищої соціальної цінності людини – її життя. Досвід протистояння російській агресії, здобутий Україною з 2014 по 2022 роки, став вагомим інструментом у посиленні механізмів забезпечення захисту прав та свобод людини з урахуванням обмежень, що були запроваджені Указом Президента України № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні». Від початку війни держава спрямовувала свою внутрішню та зовнішню політику на мобілізацію всіх ресурсів для оборони країни, підтримки громадян України та іноземців, які перебували на її території в той злочасний період.

Неабияку роль у реалізації завдань соціального характеру, що поставили перед владою у зв'язку із російською збройною агресією, відіграли інститути громадянського суспільства. Саме благодійні фонди, громадські організації, представники волонтерського руху, окремі громадяни стали рушійною силою у наданні комунікаційної, логістичної, соціально-психологічної допомоги, матеріальної підтримки та побутових послуг багатьом верстам населення, які постраждали від війни. Вбачається, що швидка внутрішня та зовнішня самоорганізація була спровокована прагненням українців і міжнародних партнерів до відсічі ворога для миру та безпечного життя, водночас їхня активна участь у соціально-гуманітарній допомозі постраждалим і тим, хто змушений був змінити місце свого проживання, не була б можливою без набутого досвіду взаємодії держави і громадянського суспільства та наявності правових механізмів забезпечення прав людини.

Водночас повномасштабна війна триває донині, щодня формуючи нові виклики для суспільства, які потребують вирішення низки завдань і проблем, для розбудови миру, забезпечення єдності та територіальної цілісності нашої держави, гарантування реалізації прав та свобод людини як представника демократичного, євроінтегрованого громадянського суспільства. Вказане потребує від наукової спільноти пошуку обґрунтованих відповідей на загальносоціальні та правові проблеми, з якими стикнулося українське суспільство, що і було зроблено у представленій науковій праці.

Монографія, яка рекомендується для ознайомлення шановним читачам, є результатом проведеного дослідження взаємодії громадянського суспільства та держави в умовах викликів сьогодення.

Колектив авторів – наукові співробітники Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України (далі – Інститут), а також практичні працівники проаналізували вплив запровадження правового режиму воєнного стану в Україні на функціонування інститутів громадянського суспільства, механізми його взаємодії з державою при подоланні викликів сьогодення та визначили окремі напрями їхньої співпраці для комплексного відновлення України в післявоєнний період.

Перший розділ монографії присвячено питанням взаємодії громадянського суспільства та держави в умовах дії воєнного стану. Багаторічні дослідження проблем розвитку громадянського суспільства дозволили головному науковому співробітнику відділу науково-правових експертиз Інституту **Анатолію Миколайовичу КОЛОДЮ** та старшому викладачу кафедри теорії держави та права Національної академії внутрішніх справ **Олексію Анатолійовичу КОЛОДЮ** виокремити характерні для взаємодії громадянського суспільства та держави в умовах дії воєнного стану ознаки: 1) систематична підтримка інститутами громадянського суспільства військових організацій з метою забезпечення дії законів України, здійснення заходів правового режиму воєнного стану, оборони та охорони прав, свобод і законних інтересів громадян України; 2) спільна участь інститутів громадянського суспільства та державних органів в забезпеченні функціонування національної економіки та захисті критичної інфраструктури, проведенні евакуації населення у разі виникнення або загрози виникнення надзвичайної ситуації, а також із зон збройних конфліктів; 3) сприяння активній участі громадянського суспільства у взаємодії з органами правопорядку та прокуратури, ор-

ганами державної влади та місцевого самоврядування; 4) неухильного дотримання законів, які регулюють здійснення громадськими організаціями благодійної і волонтерської діяльності, надання та використання гуманітарної допомоги; 5) роз'яснення представникам громадянського суспільства сутності правового статусу людини і громадянина та необхідності обмеження прав та свобод громадян України та прав і законних інтересів юридичних осіб в умовах воєнного стану.

Відомий учений, головний науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Інституту **Василь Іванович ШАКУН** у підрозділі 1.2. провів соціально-правову оцінку дотримання справедливості в Україні та обґрунтував висновок, що панування справедливості можливе лише з ефективною протидією несправедливості. Автор зауважив, що суспільство, яке перебуває у стані реформування та переходу в новий стан, особливо вразливе, нестійке і потребує цементуючої ідеї. Україна в сучасних умовах опинилася на роздоріжжі, коли проблема національної ідеї стає вирішальною для життя держави. Керівництво України проголосило, що політика справедливості буде однією з основ української доктрини – фундаментального документа, що визначить курс нашої держави на десятиліття. Консолідація українського суспільства можлива лише на основі справедливості, а громадянське суспільство є реальним стейкхолдером дотримання режиму справедливості в державі. Несправедливість руйнує підвалини суспільства і ставить під загрозу майбутнє України. Виокремлено принципи відновлення справедливості в Україні на основі: 1) демократизації політичної системи; 2) реальної реалізації відповідальності за неправомірну діяльність; 3) забезпечення гідного рівня життя населення; 4) формування його правової свідомості; 5) утвердження ідеалів правової держави і громадянського суспільства; 6) досягнення соціальної консолідації.

У підрозділі 1.3. головний науковий співробітник відділу науково-правових експертиз Інституту **Віталій Володимирович КУЗНЕЦОВ** розглянув особливості нормативного закріплення інституту бойового імунітету, чинна нормативна редакція якого не дозволяє його ефективно застосовувати. Проведений аналіз правової регламентації бойового імунітету засвідчив наявність недоліків у визначенні його правової природи та окремих ознак. Ученим висловлені відповідні пропозиції щодо їх усунення та запропоновано передбачити бойовий імунітет як нову обставину, що виключає протиправність діяння; визначити суб'єктів «бойового імунітету» як військовослужбовців, членів добровольчого фор-

мування територіальної громади, працівників правоохоронного органу (альтернативний варіант – військовослужбовці та прирівняні законом до них особи, працівники правоохоронного органу). Аргументовано, що бойовий імунітет повинен бути пов'язаний з професійним обов'язком особи захищати Українську державу, її незалежність та територіальну цілісність, а імунітет, передбачений ст. 43–1 КК України, повинен поширюватися на цивільних осіб, які реалізують власне право щодо відсічі та стримування збройної агресії РФ та/або інших держав.

Питання взаємодії суду та інституцій громадянського суспільства досліджувалися у підрозділі 1.4. головним науковим співробітником відділу публічно-правових досліджень Інституту, суддею Верховного Суду **Сергієм Олексійовичем ПОГРІБНИМ** у співавторстві з помічником судді Верховного Суду **Анастасією Володимирівною СОЛОДКОЮ**. Автори зазначили, що взаємодія громадянського суспільства та суду здійснюється в кількох формах, які зазнали певних змін в умовах воєнного стану, що характеризується встановленням певних обмежень, зумовлених існуючими ризиками для життя та здоров'я учасників справ, суддів тощо. Ефективна взаємодія громадянського суспільства та суду має наслідком підвищення рівня довіри до суду, рівня правової свідомості та правової культури членів громадянського суспільства, а тому є одним із пріоритетних завдань у державі. Така взаємодія має позитивні аспекти для усіх її учасників і забезпечує розвиток та зміцнення правової держави, що є однією з головних цілей такої взаємодії, постановлених державою перед громадянським суспільством та судом.

Другий розділ монографії присвячено взаємодії держави, людини та громадянського суспільства під впливом викликів сьогодення.

Концепцією другого розділу монографії стало дослідження екзистенціальних викликів громадянського суспільства, яке здійснив у підрозділі 2.1. головний науковий співробітник відділу приватноправових досліджень Інституту **Михайло Васильович КОСТИЦЬКИЙ**. Автор дійшов висновку, що незважаючи на надзвичайні, колосальні, екзистенціальні виклики, які стоять перед Україною, суспільство повинно дозріти, піднятися в своєму розвитку до громадянського, і вже в такому стані творити демократичну державу.

Провідний науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Інституту **Богдана Василівна ОСТРОВСЬКА** у підрозділі 2.2. проаналізувала докази та способи вчинення міжнародних злочинів, пов'язаних із незаконною депортацією, примусовим переміщен-

ням українських дітей, передачею їх під опіку, зміною громадянства та усиновленням, а також їх примусовою асиміляцією у рамках системної державної програми рф. Визначено, що це є злочином геноциду проти українського народу разом зі злочинами агресії, воєнними злочинами та злочинами проти людяності. Автором детально аналізуються порушення рф норм міжнародного права та роль міжнародної спільноти у зборі доказів та притягненні до міжнародної відповідальності осіб, які вчинили вказані злочини.

Актуальні питання, пов'язані із запобіганням дискримінації в сфері зайнятості під час війни, висвітлено в підрозділі 2.3. завідувачем відділу публічно-правових досліджень Інституту **Людмилою Францівною КУПНОЮ** крізь призму здійснення соціальної політики України та вимог Європейського Союзу до рівності прав при реалізації права на працю. Доведено, що реалізація кожної складової соціальної політики залежить від спроможності інституційного механізму, який можна розглядати як сукупність нормативних та адміністративно-владних ресурсів забезпечення соціальної політики держави, що має трансформувати підходи до її реалізації залежно від умов розвитку суспільства в певний період. Ефективність його діяльності залежить від рівня розвитку нормативної бази, компетентності суб'єктів владних повноважень, спрямованих на реалізацію державної чи регіональної політики в сфері дотримання рівності прав, та можливості швидкої адаптації в розробці, прийнятті та реалізації нормативних рішень відповідно до викликів сьогодення. Викликом, який стоїть перед інституційним механізмом із забезпечення рівності прав та можливостей жінок та чоловіків в умовах війни є проведення активної роботи із реалізації тих міжнародних зобов'язань та ініціатив, до яких приєдналася Україна за останні роки на шляху до євроінтеграції, не надаючи статус прийнятим нормативним актам національного законодавства декларативного характеру. Особливу роль при реалізації цього напряму соціальної політики відіграють громадські організації, які ведуть активну діяльність, спрямовану на формування культури рівності прав та можливостей, подолання усталених стереотипів щодо ролі та місця жінок у суспільстві, що сприяє розвитку євроінтегрованого громадянського суспільства.

Підрозділ 2.4, автор якого старший науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Інституту **Олег Сергійович ПРОСТИБОЖЕНКО**, присвячений актуальним питанням захисту

права дитини на належне утримання в умовах сьогодення. Виокремлено наявні на практиці підходи до регулювання різних аспектів аліментних правовідносин, зокрема щодо правової природи власності на аліменти, сутності відносин представництва при стягненні аліментів у судовому порядку, механізмів контролю за цільовим витрачанням аліментів, недоліків договірного регулювання сплати аліментів. Встановлено, що сучасний стан аліментного законодавства України не відповідає вимогам розвитку суспільних відносин, наявні дисбаланси зумовлюють зростання рівня конфліктності між батьками дитини, жертвою яких і стає така дитини як найменш захищений учасник сімейних відносин.

У третьому розділі монографії розглянуто питання взаємодії держави та громадянського суспільства в період післявоєнного відновлення України.

Старший науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Інституту **Володимир Казимирович ГУЦУЛЯК** у підрозділі 3.1. акцентував увагу на дослідженні та систематизації договорів про спільну діяльність як інструментів післявоєнної відбудови України. Зазначено, що колосальні втрати вітчизняної економіки, знищення та руйнування інфраструктури зумовлюють об'єктивну необхідність у прийнятті оперативних та оптимальних рішень для їх відновлення, відбудови міст, а також створення нових об'єктів цивільної інфраструктури з урахуванням великої кількості внутрішньо переміщених громадян України. Одним із ефективних інструментів відбудови вітчизняної інфраструктури є конструкція договору про спільну діяльність, який має своїм змістом об'єднання людських ресурсів, зусиль та/або майна для досягнення спільної для учасників такої діяльності мети.

За критерієм сфери застосування договорів про спільну діяльність виокремлено такі найпоширеніші види, як: 1) договір про спільну діяльність у сфері інвестування в будівництво; 2) договір про спільну діяльність у сфері державно-приватного партнерства; 3) договір про спільну діяльність у сфері інноваційної діяльності. Відзначено, що досліджувані договірні конструкції спрямовані насамперед на збалансування різнорідних публічних і приватних інтересів при відновленні України від наслідків війни. Пошук такого балансу є необхідною умовою післявоєнного гармонійного розвитку як суспільства, так і окремої особи.

У підрозділі 3.2. головний науковий співробітник відділу приватноправових досліджень Інституту **Наталія Володимирівна**

ФЕДОРЧЕНКО розглянула питання забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг. Авторка дослідила кожний спосіб забезпечення виконання зобов'язання, надала пропозиції в рамках оновлення цивільного законодавства України. Сучасні тенденції розвитку законодавства щодо способів забезпечення виконання договорів про надання послуг передбачають значне розширення переліку таких способів, якими може скористатися кредитор з метою встановлення додаткових гарантій, спрямованих на забезпечення належного виконання договірних умов та задоволення своїх інтересів, що, в свою чергу, також сприятиме відновленню України, адже стан економіки будь-якої держави, стабільність і ефективність цивільного обороту перебувають у прямій залежності від сумлінності і старанності учасників цивільного обороту, від належного виконання договірних зобов'язань.

Питання функціонування системи недержавного пенсійного забезпечення через вивчення європейського досвіду з метою пошуку перспективних рішень для України досліджувала у підрозділі 3.3. провідний науковий співробітник відділу науково-правових експертиз Інституту **Ірина Юріївна МИХАЙЛОВА**. Дослідницею обґрунтовано, що законодавство Європейського Союзу надає транскордонний захист соціальних прав та захищає пенсійні права людей, які переїжджають між країнами Європейського Союзу. Водночас зростаючі виклики в Європейському Союзі, пов'язані з демографічними змінами та низькими процентними ставками, призвели до консенсусу серед держав-членів Європейського Союзу щодо того, що національні державні пенсійні схеми потребують підтримки. Україна має запозичити досвід ЄС щодо форм недержавного пенсійного забезпечення та активно популяризувати їх застосування через взаємодію органів влади, засобів масової інформації та активну участь громадських організацій як рушійної сили соціальної складової держави.

Завершує монографію підрозділ за співавторства науковців Інституту: головного наукового співробітника відділу публічно-правових досліджень **Антон Олексійовича МОНАСНКА** та провідного наукового співробітника відділу дослідження проблем правотворчості та адаптації законодавства України до права ЄС **Наталії Іванівни АТАМАНЧУК** із залученням практичного працівника в сфері оподаткування, директорки департаменту методології Державної податкової служби України **Мар'яни Олегівни КУЦ**, у якому розглядаються питання сутності «податкового шахрайства» у правовій практиці кра-

їн ЄС, а також його види. Зокрема, проаналізовано такі способи ухилення від сплати податків в Україні, як штучне заниження оподаткованого прибутку; зловживання збитками; зловживання з податками на заробітну плату (дохід) та з відповідними соціальними платежами; зловживання відшкодуванням чи поверненням надміру сплачених коштів, визначенням бази, об'єкта та ставки податку, формуванням податкового кредиту; зменшення суми податкового зобов'язання при сплаті акцизного податку; зловживання оподаткуванням. За результатами дослідження виділено, з урахуванням відповідної практики Суду ЄС, п'ять основних правил, спрямованих на протидію податковому шахрайству в ЄС, зокрема, правило обмеження вирахування відсотків, положення про оподаткування приросту капіталу при виведенні активів, загальне правило протидії ухиленню від сплати податків, правило щодо контрольованої іноземної компанії, гібридні розбіжності.

Підсумовуючи викладене, варто зазначити, що колектив авторів провів значну науково-дослідницьку роботу з дослідження викликів, які постали перед громадянським суспільством в умовах сьогодення, та формування шляхів їх подолання через взаємодію з державними інституціями та підтримкою активно орієнтованих до дій українців. Висловлюючи вдячність колегам за їх участь у дослідженні проблем громадянського суспільства, вирішення яких дозволить сформувати демократично розвинену, ціннісно орієнтовану громадську спільноту, діяльність якої сприятиме усталенню правової держави Україна на європейському просторі, варто зазначити, що окремі питання можуть знайти своє поширення в майбутніх наукових дослідженнях співробітників Інституту та стати основою для нормотворчих змін у регулюванні суспільних відносин.

Сподіваємося, що результати цього дослідження стануть у нагоді вченим, які досліджують питання розвитку взаємодії держави, громадянського суспільства та особи, науково-педагогічним працівникам, представникам владних структур, здобувачам вищої освіти та наукових ступенів.

З повагою
директор Інституту

Олексій КОТ

заступник директора Інституту
з наукової роботи

Андрій ГРИНЯК

РОЗДІЛ 1.

ВЗАЄМОДІЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ДЕРЖАВИ В УМОВАХ ДІЇ ВОЄННОГО СТАНУ

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи, співвідношення з державою в умовах дії воєнного стану в Україні

Для дослідження поняття, ознак, структурних елементів та співвідношення громадянського суспільства з державою в умовах дії воєнного стану в Україні насамперед необхідно звернути увагу та дійти єдності, наскільки це загалом можливо у науці, щодо розуміння базових категорій цієї проблеми, а саме поняття, ознак та структурних елементів суспільства та громадянського суспільства, співвідношення громадянського суспільства з державою, правового режиму воєнного стану в Україні, співвідношення громадянського суспільства з державою в умовах дії воєнного стану в Україні.

У гуманітарній науці стверджують, що суспільство – це сукупність людей, що знаходяться у взаємній залежності. Термін «суспільство» здебільшого застосовується до достатньо великого співтовариства, наприклад, до громадян національної держави. Досить часто він використовується на противагу терміну «індивід», вказуючи на колектив, частиною якого є індивід, але рамки цього колективу ширші за коло безпосереднього спілкування індивіда (члени сім'ї або друзі по роботі).

У «Філософському енциклопедичному словнику» зазначається, що «суспільство – одна з основоположних категорій соціальної філософії, історії та соціології. В широкому розумінні, суспільство – якісно відмінне від природи, багатомірне, внутрішньо розгалужене і водночас органічно цілісне утворення, що постає як сукупність історично сформованих способів і форм взаємодії та об'єднання (діяльності, відносин, поведінки, спілкування, регуляції, пізнання), в яких

знаходить свій вияв всебічна і багаторівнева взаємозалежність людей. У вузькому розумінні суспільство: а) діахронічно чи синхронічно фіксований соціальний організм; б) відносно самостійний і цілісний момент такого організму; в) спільна основа, поле перетину і накладання індивідуальних дій людей (Тойнбі); г) корелят держави (громадянське суспільство.). Як цілісність суспільство є предметом не лише історії, а й соціальної філософії та соціології»¹.

На додаток до зазначеного згідно зі Н. Смелзером суспільство – це об'єднання людей, яке має певні географічні кордони, спільну законодавчу систему і певну національну (соціокультурну) ідентичність. Е. Дюркгейм трактує суспільство як надіндивідуальну духовну реальність, засновану на колективному уявленні. М. Вебер розглядає суспільство як взаємодію людей, як продукт соціальних (тобто орієнтованих на інших) людських дій. Т. Парсонс визначає суспільство як систему відносин між людьми, засновану на нормах і цінностях. К. Маркс сприймає суспільство як сукупність відносин між людьми, що складаються в історичному розвитку в процесі їхньої спільної економічної діяльності. За К. Марксом, суспільство є продуктом взаємодії людей. В. Парето тлумачить суспільство як систему, що перебуває у стані рівноваги, але рівноваги відносної, бо вона постійно порушується і відновлюється. Усі частини соціальної системи тісно взаємопов'язані та механічно впливають одна на одну. Ф. Тьонніс характеризує суспільство як тип організації соціального життя з механічним зв'язком частин, що утворюють соціальну цілісність, якій характерні прогиборчі намагання її учасників, раціональний обмін, розрахунок, освідомлення корисності та цінності.

Із наведених визначень випливає, що суспільство складається з великої множини індивідів, пов'язаних соціальними зв'язками, взаємодіями та відносинами. Суспільство – це відносно стійка система соціальних зв'язків і відносин, що склалися між людьми в процесі історичного розвитку їх спільної життєдіяльності, спрямованої на відтворення умов для існування та задоволення життєвих потреб»².

Слід визнати, що у сучасній гуманітарній науці існують різні розуміння, доктрини, теорії суспільства. Це, наприклад, громадянське,

¹ Філософський енциклопедичний словник./Національна академія наук України Інститут філософії ім. Г.С. Сковороди. Київ: Абрис, 2002. С. 620–621.

² Поняття про суспільство. Бібліотека Букліб працює за підтримки агентства Magistr.ua. URL: <https://buklib.net/books/23286/> (дата звернення: 1.08.2023).

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

одержавлене, індустріальне, постіндустріальне, інформаційне, відкрите та закрите, телематичне суспільство, але для будь-якого із них характерним є наявність інтегративних зв'язків, взаємодії та взаємозалежності. Для будь-якого суспільства завжди властивим є щось спільне, яким можуть бути публічні та приватні інтереси, минуле, сучасне і майбутнє, сім'я, поділ праці, солідарність, мова, менталітет, соціальні регулятори, рівень розвитку продуктивних сил, держава тощо. Зазначені інтегративні зв'язки, взаємодія та взаємозалежність об'єктивно існують між усіма інституціями суспільства – націями, національними меншинами, корінними народами, соціальними та етнічними групами, територіальними громадами, що об'єднані спільним проживанням, політичними партіями, громадськими об'єднаннями, окремими громадянами і саме завдяки цим зв'язкам, взаємодії та взаємозалежності утворюється соціально-політична спільність – суспільство.

Беззаперечно, що одним із найбільш важливих завдань будь-якого цивілізованого, демократичного та прогресивного суспільства є формування громадянського суспільства. З приводу останнього «Велика українська юридична енциклопедія» передбачає, що «громадянське суспільство визначають як сукупність рівноправних індивідів, сукупність недержавних об'єднань, специфічну суспільну сферу відповідальні за вироблення загального (публічного) інтересу, сферу реалізації згуртованих співпадаючих інтересів людей, історичний тип (якісного) розвитку людського суспільства, простір реалізації прав осіб, тип суспільства, побудованого на ціннісному ставленні до прав людини, сферу поєднання та здійснення приватних інтересів осіб-власників прав, що згуртовані в інституційні об'єднання, які можуть забезпечувати контроль і протистояння державі, сукупність сформованих на добровільних і самоврядних засадах об'єднань, за посередництвом яких індивіди реалізують належні їм права»¹. Громадянське суспільство також визначається «... як система розвинутих економічних, політичних, духовних, ідеологічних відносин і зв'язків, а також незалежних від держави правових інститутів, які функціонують на засадах демократії і права, взаємодіють з державою, що дає можливість

¹ Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2016. Т. 2: Філософія права / редкол. С.М. Максимов та ін.; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права імені В.М. Корещького НАН України; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. 2017. С. 166–170.

суб'єктам громадянського суспільства вільно самовиражатися в умовах існування рівних можливостей»¹.

Отже, громадянське суспільство характеризується розвиненістю та соціальною солідарністю, яка означає, що воно є єдиною спільнотою, яка організовано здатна захищати загальнонародні, колективні (групові) та індивідуальні інтереси своїх членів. Громадянське суспільство крім єдності інтересів має також відрізнятися своєю приватною власністю, сформованою системою недержавних інституцій, здатних його захищати, а у разі необхідності протистояти державі. Саме громадянське суспільство повинно бути спроможним формувати демократичну, соціальну та правову державу, адже остання з'являється лише в умовах існування громадянського суспільства. Поза його існуванням така держава є неможливою.

У той же час діалектика становлення громадянського суспільства свідчить, що воно засновується на засадах самовиникнення, самодостатності, саморегуляції та власного розвитку і завжди має намагатися обмежувати вплив держави на інститути та процеси, які у ньому відбуваються. Однак на початкових етапах його розвитку, в умовах, коли тільки починають формуватися його ознаки, принципи, інститути та структури, держава повинна сприяти їх становленню, у всякому іншому випадку, громадянське суспільство буде формуватися довго і болісно.

При формуванні громадянського суспільства важливо, щоб політично ініціативні його лідери, партії, групи та прошарки утворили інститути громадянської самоорганізації та самоврядування, розвинули у його середовищі навички громадянської єдності та солідарності. Проте це зовсім не означає абсолютної однорідності, відсутності різних інтересів та прагнень у середовищі громадянського суспільства. Це, насамперед, вимагає вміння їх консолідувати, об'єднати для досягнення загальнонародних цілей. Упродовж цього є загальновизнаною світовою закономірністю те, що уже сформоване громадянське суспільство здатне запроваджувати більш ефективні та економічні механізми реалізації власних і державних функцій, особливо використовуючи свої, спочатку соціальні, а потім правові регулятори.

У «Популярній юридичній енциклопедії» зазначається, що «громадянське суспільство – спільність вільних, рівноправних людей,

¹ Філик Н.В. Державно-правові засади громадянського суспільства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2004. С. 9.

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

кожній із яких держава забезпечує юридичні можливості бути власником, користуватися економічною свободою і надійним соціальним захистом, а також брати участь у політичному житті. Громадянське суспільство – це етносоціальний простір, в якому люди взаємно пов'язані і взаємодіють між собою як незалежні особистості, котрі володіють власністю, вільно розпоряджаються результатами своєї праці, є носіями політичних прав і свобод»¹.

«Мала енциклопедія етнодержавознавства» не тільки формулює його розуміння, але й висвітлює його зв'язок із державою та національною сферою. Зокрема, у статті, яка називається «Громадянське суспільство», стверджується, що «громадянське суспільство – це механізм соціальної взаємодії, що складається зі сфери особистого (особливо родини), різноманітних об'єднань, суспільних рухів і публічної комунікації. Громадянське суспільство означає також вартості, відмінні від національних і від соціальних. Більше, ніж це роблять націоналізм чи соціалізм, воно – принаймні деякі його форми – цінує плюралізм, самообмеження і самоосмислення. Громадянське суспільство часто розуміють як місце соціальної дії відносно автономної від держави»².

Більш сучасне і альтруїстичне розуміння громадянського суспільства формулює «Сучасна правова енциклопедія», яка стверджує, що «громадянське суспільство – спільність вільних, рівноправних людей, кожній з яких держава забезпечує юридичні можливості бути власником, користуватися економічною свободою і надійним соціальним захистом, а також брати участь у політичному житті. Громадянське суспільство – це етносоціальний простір, в якому люди взаємно пов'язані і взаємодіють між собою як незалежні особистості, котрі володіють власністю, вільно розпоряджаються результатами своєї праці, є носіями політичних прав і свобод»³.

«Юридичний словник-довідник» не тільки формулює його різноманітні розуміння, але й висвітлює ознаки. Зокрема, зазначається, що «громадянське суспільство – соціально неоднорідне і структуроване (стратифіковане) суспільство, яке досягло певного рівня соціального

¹ Популярна юридична енциклопедія / кол. авт.: В.К. Гіжевський та ін. Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 85.

² Мала енциклопедія етнодержавознавства / редкол.: Ю.І. Римаренко (відп. ред.) та ін. Київ: Довіра: Генеза, 1996. С. 452.

³ Сучасна правова енциклопедія / О.В. Зайчук та ін.; за заг. ред. О.В. Зайчука; Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 80.

розвитку й у своїй життєдіяльності є відносно незалежним від держави. Громадянське суспільство – це спільність вільних, рівноправних людей, кожному з яких держава забезпечує юридичні можливості бути власником, а також брати активну участь у політичному житті. Громадянське суспільство має такі основні ознаки: людина, її інтереси, права, свободи є головною цінністю суспільства; рівноправність і захищеність усіх форм власності, насамперед приватної; економічна свобода громадян та їх об'єднань, інших суб'єктів виробничих відносин у виборі форм і здійсненні підприємницької діяльності; свобода і добровільність праці на основі вільного вибору форм і видів трудової діяльності; надійна й ефективна система соціального захисту людини; ідеологічна і політична свобода, наявність демократичних інститутів і механізмів, які забезпечують кожній людині можливість впливати на формування і здійснення державної політики»¹.

Аналогічні або схожі визначення громадянського суспільства можна знайти і в інших доктринальних юридичних джерелах. Це дає змогу стверджувати, що аналізуючи викладені вище та інші визначення громадянського суспільства, а також ураховуючи те, що громадянське суспільство – це сфера спонтанного самовиявлення вільних індивідів і асоціацій громадян, що сформовані добровільно, яка захищена необхідними законами від прямого втручання і свавільної регламентації діяльності цих громадян з боку органів державної влади. Виходячи з теоретичних розробок ідеологів громадянського суспільства, а також практичного досвіду у країнах, де і в якому вигляді воно існує, можна виділити такі ознаки громадянського суспільства:

1) свобода та ініціативність особистості, що спрямовані на задоволення розумних потреб членів суспільства без шкоди для його загальних інтересів;

2) розвиток суспільних відносин відповідно до фундаментального принципу кантівської філософії, за яким людина завжди повинна розглядатися як мета і ніколи як засіб;

3) ліквідація відчуженості людини, несприйняття людьми соціально-економічних реформ і перетворень, економічних і політичних структур та інститутів;

4) реальне забезпечення здійснення принципу рівних можливостей у політиці, економіці, духовній сфері життя суспільства;

¹ Юридичний словник-довідник: за ред. Ю. С. Шемшученка. Київ: Феміна, 1996. С. 123–124.

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

5) постійний захист прав та свобод людини і громадянина, який зумовлює необхідність визнання незалежності громадянського суспільства щодо держави;

6) плюралізм усіх форм власності, серед яких приватна власність в її різних формах посідає домінуюче місце як основа ініціативної, творчої підприємницької та іншої господарської діяльності. Реальне і практичне визнання того факту, що тільки власник може бути дійсно вільною і незалежною щодо держави особою;

7) існування в абсолютній більшості так званого середнього прошарку, який здатний стати повноцінним виробником і споживачем та бути соціальною базою громадянського суспільства. Відсутність поляризації населення на надзвичайно заможних і дуже бідних;

8) плюралізм духовного життя суспільства, в основі якого визнання і реальне забезпечення гуманістичних та демократичних загальнолюдських цінностей;

9) офіційна заборона і практична відсутність з боку держави та інших соціальних суб'єктів жорстокої регламентації і будь-якого втручання в приватне життя членів суспільства;

10) існування і функціонування розвинутої соціальної структури, яка гарантує задоволення різноманітних інтересів різних груп і верств населення;

11) активна участь у всіх сферах суспільного життя недержавних самоврядних людських спільнот (сім'я, корпорація, господарські товариства, громадські організації, професійні, творчі, спортивні, етнічні, конфесійні та інші об'єднання);

12) розвиток ринкових відносин, в яких відповідно до своєї сутності беруть участь на рівних засадах суб'єкти всіх форм власності і видів господарської діяльності;

13) визнання і гарантування ідей верховенства права, що відображається у його поділі на публічне і приватне, теорії розподілу права і закону та визнанні, що право може існувати поза своєю інституційною формою – законодавством. Магістральна орієнтація права на людину трудівника і власника, на рівний правовий статус у сфері приватного права державних, громадських структур і окремого громадянина;

14) підпорядкованість громадянському суспільству демократичної, правової, соціальної держави, сутність соціальної спрямованості якої виявляється в тому, що держава, використовуючи всю гаму від-

повідних демократичних владно-управлінських засобів, забезпечує своїм громадянам економічну та іншу безпеку, особисту свободу і суспільну злагоду.

Беручи це до уваги, можна стверджувати, що громадянське суспільство – це об'єднання вільних індивідів і асоціацій громадян, що сформовані добровільно для забезпечення свободи та ініціативності особистості, прав, свобод та обов'язків людини і громадянина, задоволення інших загальних інтересів і яке завдяки приватній власності в економічній сфері, демократії у політичній, плюралізму у духовній, справедливості у правовій зумовлює існування в абсолютній більшості так званого середнього прошарку, який здатен підпорядкувати громадянському суспільству демократичну, правову, соціальну державу.

Зазначене дає підстави стверджувати, що до структурних елементів громадянського суспільства слід відносити:

- приватну власність і підприємництво як його економічну основу;
- національну, в тому числі екологічну безпеку, визнаючи пріоритет останньої над економікою;
- сім'ю, що є природним, соціальним осередком громадянського суспільства;
- освіту, науку і культуру, що повинні мати переважно не державний, а суспільно-світський характер;
- громадські об'єднання як форму самовиявлення і самозахисту інтересів громадян;
- недержавні засоби масової інформації, що забезпечують свободу інформації, а також рівні права і можливості доступу до інформації;
- людину, народ, національні меншини, корінні народності, соціальні та етнічні прошарки;
- пряме народовладдя, основою якого є суверенна воля народу і яке може здійснюватися через референдуми, вибори, народну правотворчу ініціативу, всенародні і місцеві обговорення найважливіших питань державного і громадського життя та інші форми безпосередньої демократії;
- благодійні і релігійні організації;
- місцеве самоврядування за умови, що воно є незалежною щодо держави системою соціального управління, тощо.

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

Досліджуючи співвідношення громадянського суспільства та держави слід наголосити, що визначення, ознаки та структурні елементи громадянського суспільства зазначалися вище, а тому є сенс звернути увагу на аналогічні характеристики держави, а саме «... держава – це особлива політико-територіальна організація, що має суверенітет, спеціальний апарат управління і примусу і здатна надавати своїм велинням загальнообов’язкової сили»¹. Більш сучасним є розуміння держави, відповідно до якого «держава – територіальна організація влади, яка об’єднує населення на засадах громадянства, здійснюється за посередництвом апарату управління шляхом ухвалення і реалізації законів та інших правових актів для забезпечення функціонування та сталого розвитку суспільства, захисту прав людини і громадянина»².

Ураховуючи зазначені визначення, особливо останнє, яке стверджує, що держава існує для забезпечення функціонування та сталого розвитку суспільства, слід насамперед зазначити, що сутність цього визначення полягає у невід’ємному та природному праві громадянського суспільства утворювати, змінювати, управляти, контролювати, реформувати та ліквідувати власну державу.

Без сумніву, громадянське суспільство не існує в бездержавному просторі, поза державою, воно постійно відчуває на собі вплив держави. Держава, насамперед, здійснює організуючу функцію щодо громадянського суспільства, перетворюючи її в певний суспільний порядок у межах суспільства та самої держави, бажаний здебільшого самій державі. Але держава зобов’язана представляти загальні інтереси громадянського суспільства, регулювати та охороняти суспільні відносини, забезпечувати розвиток суспільства в інтересах народу, допускати можливість саморозвитку громадянського суспільства, нести відповідальність перед ним, виражати загальні інтереси більшості, враховувати інтереси меншості та максимально узгоджувати їх. У свою чергу, громадянське суспільство зобов’язане забезпечувати розвиток своєї держави, захищати її суверенітет, територіальну цілісність, недоторканість, економічну, інформаційну та іншу безпеку.

¹ Теорія держави і права: підручник / С.Л. Лисенков, А.М. Колодій, О.Д. Тихомиров, В.С. Ковальський; за ред. С.Л. Лисенкова. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 45.

² Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2016. Т. 3: Загальна теорія права / редкол. О.В. Петришин (голова) та ін.; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. 2017. С. 89.

Оцінюючи співвідношення між громадянським суспільством та державою, важливо врахувати, що саме суспільство наділене правом визначати, які рішення державної влади є справедливими, добровільно підкорюючись їм, що є основоположним чинником стабільної та процвітаючої держави. Тобто, взаємовідносини між громадянським суспільством та державою повинні мати договірний та стійкий характер.

Зазначене дає підстави стверджувати, що правова форма взаємовідносин держави і суспільства відбивається у визнанні відносно незалежного існування і функціонування правової держави і громадянського суспільства. Держава загалом не може ототожнюватись із суспільством, тому що у такому випадку і суспільство, і державу необхідно було б характеризувати як режим тоталітаризму. Проте між державою і суспільством повинна дотримуватись певна дистанція, яка і забезпечує демократію, відповідний рівень свободи суб'єктів громадянського суспільства. Водночас ця межа відносна, а не абсолютна, бо держава за своєю сутністю є необхідною для існування і розвитку громадянського суспільства.

Виходячи з цього, слід констатувати, що у співвідношенні суспільства і держави можна виділяти різні етапи, які відрізняються між собою притаманними їм формами, принципами, методами, механізмами тощо, але усі вони зрештою демонструють ту роль і місце, які посідала держава в громадянському суспільстві. Ця роль і місце суттєво змінювалися і з плином часу дійшли тієї межі, коли в системі суспільних зв'язків домінуючим є їх відношення, що ґрунтується на принципах саморегуляції і самоуправління, за якими має перебудовуватись і формуватись державність. Остання у різних формах і з неодноманітним ступенем владності буде необхідна на весь найближчий період розвитку людства. Доказом цього стосовно громадянського суспільства і правової держави є те, що зі збільшенням інститутів громадянського суспільства, а саме політичних партій, рухів, громадських об'єднань тощо, діяльність держави, її регулятивна роль від цього не втратить своєї актуальності, хоча форми, методи, обсяг регулювання можуть змінюватись.

Це дуже важливо підкреслити, що проблема формування громадянського суспільства не може вирішуватись вольовими, а тим більше авторитарно-владними методами, оскільки в становленні громадянського суспільства, зокрема в Україні, вирішальну роль повинен віді-

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

грати не суб'єктивний фактор, а об'єктивний, природно-історичний процес розвитку суспільства, де люди відіграють найважливішу роль як головна виробнича сила суспільства, основний суб'єкт створення матеріальних і духовних цінностей. Саме сучасним поколінням людей випало на долю сформуванню громадянське суспільство та правову державу, тобто відштовхуючись від уже досягнутого у господарстві, освіті, культурі тощо, примножуючи багатства українського суспільства, забезпечити його еволюційний прогрес.

При цьому сучасна теорія громадянського суспільства розглядається як парна категорія не тільки правової, а й соціальної держави. Більше того, вказується, що соціальна держава є державою громадянського суспільства, оскільки це поняття органічно вбирає в себе низку позитивних властивостей, що притаманні і громадянському суспільству. Такими спільними властивостями громадянського суспільства і соціальної держави є принципи: забезпечення громадянам гідного життя в розумінні їх матеріального добробуту і соціального захисту; гарантування особистої свободи громадянам; боротьба цивілізованими методами за соціальну злагоду, мирне вирішення можливих конфліктів.

Звідси можна дійти висновку про те, що громадянське суспільство поєднується із соціальною державою завдяки особливому моральному зв'язку. Сутність його полягає в тому, що вони повинні базуватися на одних моральних основах, реалізовувати і дотримуватись у своєму розвитку однакових моральних принципів загальнолюдської моралі. За наявності такого суспільного стану їх взаємовідносин можна вести мову про те, що громадянському суспільству відповідає соціальна (громадянська) держава і навпаки.

Отже, громадянське суспільство органічно взаємопов'язане з державою, воно не існувало до держави і поза державою і водночас громадянське суспільство володіє щодо держави верховним суверенітетом, сенс якого полягає в тому, що саме інтереси громадянського суспільства мають у країні пріоритет щодо державних інтересів, структури державного апарату, форм держави, державно-правового режиму тощо. Це особливо наочно виявляється у сфері захисту прав та свобод громадянина, де громадянське суспільство може і повинно діяти як сила, що не залежить від держави.

У громадянському суспільстві повинна вестись боротьба за ліквідацію всього, що може означати відчуження особи від будь-яких ін-

ститутів і процесів, котрі мають економічні, політичні і духовні властивості і від використання яких залежить реалізація прав та свобод людини і громадянина. Звідси відносини між державою і громадянським суспільством є відносинами між публічною владою й індивідуальною свободою. Це в сфері політичного життя означає, що якщо в суспільство держава входить як найважливіший елемент політичної надбудови, то в громадянське суспільство держава не входить, хоча, безперечно, усі потреби громадянського суспільства неминуче проходять через волю держави, щоб у формі законів отримати всезагальне значення. Отже діалектика держави і громадянського суспільства така: не держава зумовлює і визначає громадянське суспільство, а останнє зумовлює, створює і контролює державу. Саме таким чином забезпечується відносно самостійне існування демократичного громадянського суспільства і правової держави. Громадянське суспільство в особі спочатку самодіяльних асоціацій людей (релігійних і політичних корпорацій, гільдій, прошарків, пізніше – кооперативів, профспілкових комітетів та інших), покликаних відображати і захищати їх групові та індивідуальні інтереси і права, вступає в особливі відносини з державою, для розуміння яких важливо врахувати таке. Якщо держава знає різні форми і режими правління – республіканські і монархічні, демократичні і недемократичні, то для громадянського суспільства на рівні політики характерна демократична форма існування. Чим більш розвинутим є громадянське суспільство, тим більше підстав для демократичних форм держави. І навпаки: чим менш розвинутим є громадянське суспільство, тим більше підстав для існування авторитарних і тоталітарних режимів державної влади.

Громадянське суспільство у процесі свого розвитку має стабільну тенденцію до охоплення все більшої кількості населення і не тільки власників, а й інших незаможних його верств. Якщо у рабовласницькому суспільстві раб не був його членом, то у феодальному – селянин, міщанин набули вже деяких прав. З виникненням і розвитком капіталізму робітник стає повноцінним членом громадянського суспільства і громадянином держави з обсягом прав та обов'язків, що постійно збільшуються. Держава після цього, а також із виникненням різноманітних суспільних асоціацій змушена ставати на шлях правового впорядкування своїх відносин з усім населенням й істотно перебудувати власні структури.

Співвідношення громадянського суспільства та держави найкраще відображається через визнання або ж невизнання легітимності

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

державної влади. Легітимність проявляється або у підтримці, або ж у засудженні державної влади інституціями громадянського суспільства. З приводу зазначеного треба погодитися із тим, що «таким чином, легітимність – це одна з фундаментальних властивостей державної влади в демократичній, правовій державі, яка проявляється у визнанні громадянським суспільством порядку конституювання та функціонування чинної влади справедливим та законним, що має результатом готовність громадян діяти відповідно до встановлених державою приписів та норм»¹.

Сформоване, цивілізоване та прогресивне громадянське суспільство має формувати демократичну, соціальну та правову державу. З приводу демократичної держави Україна слід зазначити, що демократичний державний режим (демократична держава) – це стан політичного життя суспільства, за якого державна влада здійснюється на основі принципів широкої і реальної участі громадян та їх об'єднань у формуванні державної політики, утворенні та діяльності державних органів, дотриманні прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина. Демократичний державний режим має кілька основних різновидів: ліберально-демократичний, консервативно-демократичний, радикально-демократичний².

Упродовж цього «соціальна держава – тип організації державного і громадського життя, заснованого на пріоритеті соціальних цінностей, насамперед права людини на гідне життя. Концептуальне ядро теорії соціальної держави утворюють положення про зростаючу відповідальність держави за добробут, розвиток і безпеку її громадян. Соціальна держава покликана розв'язувати соціальні, міжнаціональні, конфесійні та інші конфлікти на основі поваги інтересів та домагань усіх суб'єктів суспільного життя, національної солідарності, забезпечення соціальної злагоди та громадянського миру, надання соціальної орієнтації розвитку економіки. Соціальна основа соціальної держави – розвинене громадянське суспільство, наявність роз-

¹ Ковальчук В.Б., Ішук С.І. Правові засади взаємодії громадянського суспільства та державної влади в процесі демократичної легітимації. Острого: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2013. С. 25.

² Гапоненко В. Демократія як універсальна модель політичного режиму: міф чи реальність? *Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І.Ф. Кураса НАН України*. 2011. Випуск 4 (54). С. 161–172; Robert Elgie. The classification of democratic regime types: conceptual ambiguity and contestable assumptions. *European journal of political research*. 1998. Volume 33. Issue 2. URL: <https://doi.org/10.1111/1475-6765.00381>. (дата звернення 1.08.2023).

галуженої соціальної мережі організації життя громадян, соціальної інфраструктури»¹.

«Правова держава – ідеальний тип держави, вся діяльність якої підпорядкована праву. Головне призначення правової держави – максимально повно забезпечити юридичними засобами охорону і захист прав людини і громадянина»². Саме досліджуючи співвідношення громадянського суспільства та правової держави стверджують, що це «... особливий стан організації державної влади у громадянському суспільстві, що виникає за умов досягнення в ньому високого рівні правової культури його членів і передбачає реалізацію державою свого функціонального призначення на засадах верховенства права, поділу влади, визнання і реалізації прав і свобод людини і громадянина, а також взаємної відповідальності держави та особи»³.

Ще одна складова предмета дослідження у цьому підрозділі – це правовий режим воєнного стану в Україні, який передбачений Законом України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 року № 389-VIII. Відповідно до його статті 1 «воєнний стан – це особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню, військовим адміністраціям та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень»⁴.

Аналізуючи наведене визначення, є усі підстави стверджувати, що ознаками правового режиму воєнного стану в Україні необхідно визнати:

¹ Міжнародна поліцейська енциклопедія: у 10 т. / відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 968–970.

² Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 5: П-С. 2003. С. 36.

³ Головащенко О.С. Соціальна та правова держава: питання співвідношення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2008. С. 3.

⁴ Закон України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 року № 389-VIII. URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text> (дата звернення 2.08.2023).

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

- це особливий правовий режим;
- уводиться в Україні або в окремих її місцевостях;
- підставами для його введення є збройна агресія чи загроза нападу, небезпека державній незалежності України, її територіальній цілісності;
- передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню, військовим адміністраціям та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності;
- передбачає також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав та свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень.

Ураховуючи викладене вище, ґрунтуючись на законах України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 року № 389-VIII, «Про військово-цивільні адміністрації» від 3 лютого 2015 року № 141-VIII¹, інших нормативно-правових актах України, є підстави констатувати, що співвідношення громадянського суспільства з державою в умовах дії воєнного стану в Україні буде характеризуватися наступними, найбільш наочними та істотними, ознаками, сутністю, соціальним призначенням та формами:

1. Систематичною допомогою, що надається інститутами громадянського суспільства військовим та військово-цивільним адміністраціям у забезпеченні дії Конституції та законів України, запровадження та здійснення заходів правового режиму воєнного стану, оборони, цивільного захисту, громадської безпеки і порядку, захисту критичної інфраструктури, охорони прав, свобод та законних інтересів громадян України.

2. Спільною участю інститутів громадянського суспільства та компетентних державних органів в охороні об'єктів критичної інфраструктури та об'єктів, що забезпечують життєдіяльність населення, запровадженні трудової повинності для працездатних осіб, не залучених до роботи в оборонній сфері, а також ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій, які виникли в період дії воєнного стану, та залученні

¹ Закон України «Про військово-цивільні адміністрації» від 3 лютого 2015 року № 141-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/141-19#Text>. (дата звернення 2.08.2023).

працездатних осіб до суспільно корисних робіт, що виконуються для задоволення потреб Збройних Сил України, інших військових формувань, правоохоронних органів і сил цивільного захисту, забезпеченні функціонування національної економіки та захисті критичної інфраструктури.

3. Забезпеченням разом із компетентними державними органами проведення евакуації населення у разі виникнення або загрози виникнення надзвичайної ситуації, а також із зон збройних конфліктів (з районів можливих бойових дій) у безпечні райони та евакуації матеріальних і культурних цінностей, що перебувають у державній власності, у разі виникнення загрози їх пошкодження або знищення.

4. Створенням структурними елементами громадянського суспільства установ з надання безоплатної первинної правової допомоги, залученням фізичних чи юридичних осіб публічного та приватного права до надання безоплатної первинної правової допомоги.

5. Спільною взаємодією у боротьбі зі стихійним лихом, епідеміями, епізоотіями, роз'ясненням правил поведінки з небезпечними відходами.

6. Сприянням інституціями громадянського суспільства діяльності органів державної влади, органів прокуратури, юстиції, Служби безпеки, органів Національної поліції, адвокатури, Державної кримінально-виконавчої служби України та іншим органам, яке відповідно до ст. 17 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 року № 389-VIII є обов'язком органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, а також громадян.

На підтвердження зазначеного слід наголосити, що комплексний стратегічний план реформування органів правопорядку як частини сектору безпеки і оборони України на 2023–2027 роки, схвалений Указом Президента України від 11 травня 2023 року № 273/2023 передбачив у пункті 1.4. посилення системної взаємодії з інститутами громадянського суспільства у сфері протидії злочинності, у пункті 2.3. регламентував розроблення, затвердження та введення в дію Національного плану із запобігання (превенції) злочинності, розрахованого на три роки, на підставі якого за активної участі громадянського суспільства приймаються щорічні регіональні та місцеві програми запобігання (превенції) злочинності, у пункті 6.2. передбачив сприяння активній участі громадянського суспільства у взаємодії з органами

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

правопорядку та прокуратури, а у пункті 6.6. щорічне оприлюднення звітів для засобів масової інформації та громадянського суспільства з акцентами на реформах, підзвітності й доброчесності¹.

До речі, «Комплексний стратегічний план реформування органів правопорядку як частини сектору безпеки і оборони України на 2023–2027 роки, схвалений Указом Президента України від 11 травня 2023 року № 273/2023» застосовується до органів прокуратури, Міністерства внутрішніх справ України, Національної поліції України, Державної прикордонної служби України, Державного бюро розслідувань, Бюро економічної безпеки України, Служби безпеки України та Державної митної служби України.

7. Участю у створенні відповідно до законодавства комунальних аварійно-рятувальних служб, пожежно рятувальних підрозділів для забезпечення місцевої та/або добровільної пожежної охорони, здійсненням заходів щодо забезпечення їх діяльності під керівництвом уповноважених державних органів.

8. Роз'ясненням компетентними структурами громадянсько-го суспільства сутності правового статусу людини і громадянина та необхідності обмеження прав та свобод громадян України та прав і законних інтересів юридичних осіб в умовах воєнного стану, порядку відшкодування збитків, завданих під час введення воєнного стану або повернення майна, що збереглося, особливо з урахуванням положень Закону України «Про санкції» від 14 серпня 2014 року № 1644-VII².

9. Участю інститутів громадянського суспільства та держави у благодійній діяльності, під якою відповідно до Закону України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» від 5 липня 2012 року № 5073-VI розуміється «...добровільна особиста та/або майнова допомога для досягнення визначених ... цілей, що не передбачає одержання благодійником прибутку, а також сплати будь-якої винагороди або компенсації благодійнику від імені або за дорученням бенефіціара»; «... благодійник – дієздатна фізична особа або юридична особа приватного права (у тому числі благодійна органі-

¹ Комплексний стратегічний план реформування органів правопорядку як частини сектору безпеки і оборони України на 2023–2027 роки, схвалений Указом Президента України від 11 травня 2023 року № 273/2023. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/2732023-46733> (дата звернення: 2.08.2023).

² Закон України «Про санкції» від 14 серпня 2014 року № 1644-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1644-18#Text> (дата звернення: 02.08.2023).

зація), яка добровільно здійснює один чи кілька видів благодійної діяльності»¹.

10. Здійсненням волонтерської діяльності, під якою відповідно до Закону України «Про волонтерську діяльність» від 19 квітня 2011 року № 3236-VI розуміється «... добровільна, соціально спрямована, неприбуткова діяльність, що здійснюється волонтерами шляхом надання волонтерської допомоги. ... волонтерська допомога – роботи та послуги, що безоплатно виконуються і надаються волонтерами»². Частина 2 ст. 4 зазначеного Закону України прямо передбачає, що «центрльні органи виконавчої влади у партнерстві з неприбутковими організаціями та установами, які залучають до своєї діяльності волонтерів, іншими організаціями, що сприяють розвитку волонтерства, з метою сприяння розвитку волонтерського руху в Україні створюють, розробляють, запускають, адмініструють та розвивають інформаційно-аналітичну платформу для інформування про можливості волонтерства в Україні та за її межами, підтримки інститутів громадянського суспільства у залученні волонтерів та для розміщення іншої інформації з метою сприяння розвитку волонтерського руху в Україні»³.

11. Наданням структурами громадянського суспільства гуманітарної допомоги, під якою відповідно до Закону України «Про гуманітарну допомогу» від 22 жовтня 1999 року № 1192-XIV розуміється «... цільова адресна безоплатна допомога в грошовій або натуральній формі, у вигляді безповоротної фінансової допомоги або добровільних пожертвувань, або допомога у вигляді виконання робіт, надання послуг, що надається іноземними та вітчизняними донорами із гуманних мотивів отримувачам гуманітарної допомоги в Україні або за кордоном, які потребують її у зв'язку з соціальною незахищеністю, матеріальною незабезпеченістю, важким фінансовим становищем, виникненням надзвичайного стану, зокрема внаслідок стихійного лиха, аварій, епідемій і епізоотій, екологічних, техногенних та інших катастроф, які створюють загрозу для життя і здоров'я населення, або

¹ Закон України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» від 5 липня 2012 року № 5073-VI. *Відомості Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5073-17#Text> (дата звернення: 02.08.2023).

² Закон України «Про волонтерську діяльність» від 19 квітня 2011 року № 3236-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3236-17#Text> (дата звернення: 02.08.2023).

³ Закон України «Про волонтерську діяльність» від 19 квітня 2011 року № 3236-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3236-17#Text> (дата звернення: 02.08.2023).

тяжкою хворобою конкретних фізичних осіб, а також для підготовки до збройного захисту держави та її захисту у разі збройної агресії або збройного конфлікту»¹.

Беззаперечно, що усіх аспектів, які стосуються поняття, ознак та структурних елементів суспільства та громадянського суспільства, співвідношення громадянського суспільства з державою, правового режиму воєнного стану в Україні, співвідношення громадянського суспільства з державою в умовах дії воєнного стану в Україні охопити фактично неможливо, а тому намагалися характеризувати найбільш наочні та істотні з них.

1.2 Несправедлива справедливість

Епоха соціально-політичних криз є вирішальним, поворотним моментом у духовному розвитку людства, вимагаючи як пошуку нових загальнолюдських цінностей та ідеалів, так і переосмислення та переоцінки старих. Справедливе чи несправедливе життя – вічна тема роздумів людини та мета її діяльності.

Справедливість – одна з універсальних системоутворювальних концептуальних категорій людського суспільства в усій її відносності, неоднозначності та суперечливості; одне з базових понять людської культури, що використовується для позначення ідеальної форми соціальної взаємодії. Справедливість також категорія моральної, правової та політичної свідомості, яка виражає узагальнену моральну оцінку явищ, взаємодій та ситуацій соціального життя з погляду їх відповідності груповим цінностям, нормам та уявленням про належний характер людського співіснування, про сутність людини, її права та обов'язки.

Значення справедливості для людини і суспільства безумовно впливає на соціальну практику і сучасне соціально-політичне та духовне життя та потребує її подальших досліджень, у тому числі і в аспекті вивчення досвіду як правової, так й історико-філософської думки².

¹ Закон України «Про гуманітарну допомогу» від 22 жовтня 1999 року № 1192-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1192-14#Text> (дата звернення: 02.08.2023).

² Підковенко Т. Справедливість у системі цінностей права. *Актуальні проблеми правознавства*. Вип. 4 (8), 2016. URL: <http://dspace.wunu.edu.ua/bitstream/316497/18189/1/Подковенко%20Т..pdf> (дата звернення: 03.08.2023).

Справедливість має ще одне важливе соціальне значення – вона повинна легітимувати владу. Будь-яка влада в історії людства не може діяти як тиранічна сила: «Там, де йдеться про цивілізації й про людські спільноти, влада завжди виступає в певному контексті, «вбранні» – і це «вбрання» є ідеєю справедливості»¹.

Потреба в справедливості визначається соціальною практикою, ідея справедливості поєднує людей. Суспільство, що перебуває у стані реформування та переходу в новий стан, особливо вразливе, нестійке і потребує цементуючої ідеї. Вибір ідеї є вже у певну міру вибір шляху, помилкова ідея може призвести до нових страждань і катастроф.

Отже, Україна в сучасних умовах опинилася на роздоріжжі, коли проблема національної ідеї стає вирішальною для життя держави. Недаремно президент України Володимир Зеленський у зверненні до Верховної Ради України з нагоди Дня Конституції відзначив, що політика справедливості буде однією з основ української доктрини – фундаментального документа, що визначить курс нашої держави на десятиліття². За його словами, «зараз, коли будемо визначати параметри нашої української доктрини і трансформації нашої держави, маємо розглядати нашу політику справедливості на одному рівні з політикою української перемоги, політикою безпеки та політикою наших героїв. Справедливість – це такий суспільний лад, за якого люди ні хочеться жити в Україні»³.

Президент України звернув увагу як на внутрішню справедливість («стосується відповідальності за порушення права в Україні»), так і зовнішню («про відповідальність Росії за злочини війни»). На нашу думку, вимоги глави держави щодо зовнішньої справедливості та інструментів для її досягнення, зокрема членства в НАТО, безпосередньо залежать від встановлення внутрішньої справедливості⁴. Однак

¹ Баумейстер А. Дослідження справедливості. Люди. Лідерство і менеджмент. Культура. URL: <https://kmbs.ua/ua/article/fairness> (дата звернення: 03.08.2023).

² Політика справедливості буде однією з основ української доктрини – Зеленський. URL: <https://interfax.com.ua/news/general/919681.html#:~:text=%22%D0%9F%D0%BE%D0%BB%D1%96%D1%82%D0> (дата звернення: 03.08.2023).

³ РНБО пропонує посилити відповідальність суддів за корупцію – Президент. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3728859-rnbo-proponue-posiluti-vidpovidalnist-suddiv-za-korupciu-prezident.html> (дата звернення: 03.08.2023).

⁴ Собенко Н. Україна ще не готова до вступу в НАТО: Байден назвав умови. URL: <https://suspilne.media/525485-ukraina-se-ne-gotova-do-vstupu-v-nato-bajden-nazvav-umovi/> (дата звернення: 03.08.2023).

ключовим моментом при цьому повинна бути невідворотність відповідальності за вчинені правопорушення.

На нашу думку, формуючи стратегію розвитку нової України, слід взяти до уваги окремі положення Біблії, де існують протилежні за змістом концепти. Протягом століть в Україні, з одного боку, використовується принцип «Око за око, зуб за зуб», який є біблійною формулою закону помсти, що неодноразово зустрічається в Старому Заповіті, наприклад: «А хто зробить шкоду ближньому своєму, тому треба зробити те саме, що він учинив. Перелом за перелом, око за око, зуб за зуб...» (Левит, 24,19–20) і який нині сповідує більшість населення як відповідь на несправедливу агресію росії проти України.

Тим часом існує й протилежний принцип, сказаний під час Нагірної проповіді Ісусом Христом: «Якщо тебе хто вдарить у праву щоку, підстав йому і другу» (Мф. 5: 39). Безумовно цей принцип не про те, що терпіти зло непотрібно, а захищатись і перемагати його потрібно тільки добром, яке продемонстрував Господь Ісус Христос. Коли він, зазнавши несправедливої наруги, відмовився підставити другу щоку і засудив дії кривдника, коли слуга первосвященника вдарив Його по щоці: «Ісус відповів йому: якщо Я сказав зле, то доведи, що зле, а коли добре, за що ти б'єш Мене?» (Ін. 18: 23). Таким чином, християнство закликає реагувати на насильство не насиллям у відповідь, а розсудливістю; не підкорятися несправедливим обвинуваченням і мовчки терпіти образи, але лагідністю та поміркованістю перемагати зло. Безумовно, під час війни інколи складно усвідомлювати всю глибину зазначених проблем, але тисячолітній досвід підказує, що іншого не дано.

Отже предметом нашого дослідження стане соціально-правова оцінка дотримання справедливості в Україні, а саме вивчення та систематизація «дефектів» в ідеальній конструкції справедливості, виявлення й типізація ознак й навіть установа тих меж, у середині яких конкретні «несправедливості» ще докорінно не руйнують означуваного ним основного поняття. При цьому панування справедливості можливе лише з ефективною протидією несправедливості. Вважаємо, що сучасна надзвичайно важка ситуація, в якій опинилася наша держава, безпосередньо пов'язана з початком функціонування України як незалежної держави.

Пригадаємо причини такого стану і яким чином держава намагається мінімізувати несправедливість. Стрімке зубожіння українського

суспільства, яке відбулося вже на початку 1990-х років, коли різка зміна умов господарювання та масштабна приватизація спричинили концентрацію ресурсів і національного багатства під контролем відносно нечисельної групи при зубожінні і низькооплачуваній зайнятості переважної більшості населення. В Україні з'явилися справді багаті родини, причому їх багатство було сформовано переважно завдяки доступу до державної власності і приватизації найбільш прибуткових її об'єктів. Надзвичайно короткий термін накопичення цього багатства у значну міру вплинув на бажання публічно демонструвати свої статки, часто навіть перебільшуючи їх. У цей же час сталося катастрофічне падіння рівня життя переважної більшості населення¹.

Найперше постраждали непрацюючі верстви та ті, хто з різних причин виявився неготовим до різних соціально-економічних зрушень. Прагнучи бодай якимось захистити соціально-вразливе населення, парламентарі пішли хибним шляхом надання різноманітних пільг та допомог, які часто лише декларувались. На тлі гіперінфляції це неминуче посилювало несправедливість. Значно погіршилося медичне обслуговування, у багатьох випадках медичні та освітні послуги – за законом безкоштовні – стали надавати винятково за гроші. Значну кількість медичних та освітніх закладів у сільській місцевості було закрито. З огляду на те, що різні галузі і сектори економіки по-різному адаптувалися до нових умов господарювання, посилювалась галузева і відповідно регіональна диференціація.

У першій половині 1990-х років Україна втратила майже весь морський і річковий флот, більшу частину повітряних суден цивільної авіації, значну частину військового майна. За непрозорим порядком відбулася приватизація обласних енергорозподільчих компаній, газових і електричних мереж².

Влада в середині 2015–2017 років вдалася до безпрецедентного за своїм цинізмом знищення банківської системи, активами якої заволоділи окремі чиновники і політики, ціною в десятки, а то й сто разів

¹ Клименко А.Л. Зубожіння населення України: причини, наслідки і шляхи його подолання. *Проблеми законності*. 2018. Вип. 143. С. 132. URL: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjNrJjvnaWAxWAg_0HhXU6A1kQFnoECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Funiwd.edu.ua%2Fscience-issue%2Fissue%2F4090&usg=AOvVaw3lW (дата звернення: 03.08.2023).

² Шакун В.І. Кримінально-правова охорона національного багатства. *Актуальні проблеми кримінального права* : матеріали XII Всеукр. наук.-теорет. конф., присвяч. пам'яті проф. П.П. Михайленка (Київ, 30 листопада 2022 р.) / редкол.: В.В. Чернеї та ін.; упоряд. А.А. Вознюк, О.М. Шармар, О.А. Федоренко. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 136.

нижчою за їхню реальну вартість¹. Під час банкопаду 2014–2016 років з ринку виводили не лише «кишенькові» та «помийні» банки, а й такі, що повноцінно працювали, з прозорою структурою власності, зрозумілими клієнтами та високою репутацією. Їх виводили, як-то кажуть, «під шумок», щоб продати їхнє майно за кеш².

Сучасне трактування несправедливості передбачає вихід за межі суто економічних параметрів – виокремлюється несправедливість економічна, соціальна, політична і етнокультурна. Окремі групи населення можуть потерпати від конкретного виду несправедливості через обмеження своїх прав, але найбільш гострі прояви має їх комбінація. Саме внаслідок кумулятивного впливу формуються такі вкрай негативні і загрозливі для національної безпеки явища, як відсторонення окремих груп населення від суспільного життя, поляризація та маргіналізація суспільства. Водночас малозабезпечені верстви населення наражаються на значно вищі ризики різноманітних позбавлень. Ризик відсторонення від суспільного життя у найбільшу міру притаманний мешканцям віддалених населених пунктів, соціально вразливим верствам населення (насамперед, особам з обмеженими можливостями, домогосподарствам з великою кількістю утриманців), окремим групами іммігрантів, безхатченкам.

Далеко не всі прояви несправедливості можуть бути підтверджені і виміряні за допомогою статистичних даних, отриманих із суцільних або навіть вибіркових спостережень. У низці випадків несправедливість може бути оцінена винятково за допомогою експертів або взагалі тільки якісно окреслена.

Виразнішим проявом економічної несправедливості є несправедливість за доходами, що закономірно віддзеркалюється в наявності бідних і багатих верств населення. Проте несправедливість за доходами може спричиняти (і, як правило, спричиняє) несправедливість доступу до основних суспільних благ (якісного медичного обслуговування, якісної освіти, комфортного житла), ресурсів (фінансових, майнових, інфраструктурних, інформаційних тощо), реалізації своїх основних прав загалом (права на здоров'я, життя, безпеку). Водночас

¹ Лановий В. Як подолати колапс банківської системи. *Економічна правда*. 03.01.2017. URL: <https://www.epravda.com.ua/columns/2017/01/3/616692/> (дата звернення: 04.08.2023).

² Кілічава Т. Чи дійсно Фонд гарантування вкладів демонструє чесність до банків? 29 листопада 2021 р. ТОВ «МінфінМедіа». URL: <https://minfin.com.ua/blogs/tkilichava/179798/> (дата звернення: 04.08.2023).

і сама несправедливість за доходами є наслідком інших видів і проявів несправедливості. Так, відсутність можливостей щодо здобуття якісної освіти прирікає дітей з бідних родин на бідкування в своєму вже дорослому житті. У повну міру це стосується і несправедливості за тривалістю життя внаслідок неможливості (небажання) вести здоровий спосіб життя, мати доступ до якісних медичних послуг, жити в чистому середовищі. Цілком зрозуміло, що діти з бідних родин стикаються з вищим ризиком передчасної смерті або захворювання і мають нижчі шанси реалізації свого потенціалу. Як правило, люди з високими доходами живуть довше за бідних, і водночас тільки добре здоров'я є фундаментом належної економічної конкурентоспроможності.

Органи влади визначають викорінення несправедливості як одне з головних завдань державної політики. Проте, коли доводиться вибирати між забезпеченням вищих темпів економічного зростання і зниженням несправедливості шляхом первинного або вторинного перерозподілу доходів, уряди часто опиняються перед жорсткою альтернативою, оскільки переваги, досягнуті шляхом забезпечення більшої справедливості, можуть бути зведені нанівець втратами, що пов'язані з уповільненням темпів економічного зростання.

Типовим прикладом в українській історії є широко відоме переобтяження бюджету (і економіки в цілому) соціальними витратами, спрямованими на підтримку пенсіонерів, низькооплачуваних працівників, сімей з дітьми тощо. За даними Пенсійного фонду, на початок 2023 року в Україні було 10,7 млн. пенсіонерів, тоді як на початок 2022 року їх було на 200 тис. більше¹. Витрати на виплату пенсій – найбільші соціальні видатки українського бюджету. Водночас кількість працюючих українців, які своїми внесками могли б підтримувати пенсійну систему, скорочується на порядок швидше, ніж кількість пенсіонерів. Тепер значна частка тих, хто платить єдиний соціальний внесок – це військові та мобілізовані. «Наразі зменшення надходжень від громадян і підприємств, які не працюють, компенсується збільшенням надходжень від військовослужбовців, мобілізованих, які отримують грошове забезпечення. Але ми розуміємо, що цей ефект не є стабільним, і після завершення війни він мине. Нам потрібно вирішувати питання кількості працюючих громадян», – наголошує

¹ Зануда А. Що буде з пенсіями українців після війни. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/features-65177138> (дата звернення: 04.08.2023).

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

заступниця міністра соціальної політики України Дарина Марчак¹. Також після завершення війни загостриться проблема необхідного соціального захисту ветеранів російсько-української війни, на який у держави коштів, очевидно, не вистачатиме.

Уявлення про справедливість не є усталеними². У значну міру вони залежать від стабільності правової системи, досконалості законів, єдності волі представників влади і пересічних громадян. Критерієм справедливості мають вимірюватись усі нормативно-правові акти держави. Органи державної влади повинні приймати соціально значущі рішення, спрямовані на реалізацію інтересів більшості громадян держави, тобто інтересів народу, на реалізацію національно-державних інтересів. Наприклад, в умовах воєнного стану у суспільства викликають обурення такі відомі факти, як закупівлі для бомбосховищ барабанів на суму 900 тис. гривень, електричних овочерізок за 130 тис. гривень, електричної сковорідки за 720 тис. гривень, перекладання бруківки на вулицях Києва, ремонт автомобільних розв'язок навколо столиці, рішення Верховної Ради України щодо виділення 573,9 млн. гривень на добудову Національного музею Голодомору тощо³. Чи є справедливими такі рішення органів влади? На нашу думку, як і на думку багатьох людей, ні, оскільки такі витрати бюджету не зміцнюють обороноздатність держави. Нарешті 20 липня 2023 року і Президент України Володимир Зеленський відреагував на резонансні витрати бюджетів на ремонти доріг і культуру під час війни: «Окремо хочу звернутися до всіх представників місцевої влади в нашій країні: люди мають відчувати, що ресурси бюджетів використовуються справедливо та правильно»⁴. Президент України наголосив, що «бруківка, прикрашання міст, фонтани чекають – спочатку перемога»⁵.

¹ Зануда А. Що буде з пенсіями українців після війни. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/features-65177138> (дата звернення: 04.08.2023).

² Шакун В.І. Несправедливість у кримінологічному вимірі. *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 9–10 жовт. 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2014. С. 47.

³ У країні війна, а влада робить ремонти. Чи можна витратити ці гроші на армію? *Економічна правда*. URL: <https://www.epravda.com.ua/publications/2023/07/18/702312/> (дата звернення: 04.08.2023).

⁴ Зеленський: Спочатку – перемога, потім – бруківка та фонтани. Інформаційне агентство ЛІГАБізнесІнформ. URL: <https://news.liga.net/ua/politics/news/zelenskiy-snachalaporeboda-potom-bruschatka-i-fontany> (дата звернення: 04.08.2023).

⁵ Там само

У правозастосовній діяльності принцип справедливості реалізується в актах компетентних органів, що прямо або побічно забезпечують справедливий правопорядок. Однак нерідко «слуги народу прагнуть стати його господарями», «приватизувати» державу і в реальній політичній практиці враховують не стільки національні інтереси, скільки інтереси завоювання та утримання своєї влади, свої економічні інтереси або навіть інтереси інших держав. Звичайною справою давно вже став популізм і лицемірство, коли з високих трибун заявляється про одне, а робиться інше. Дисбаланс у сфері розподілу ключових соціально-економічних ресурсів залишається джерелом постійної соціальної напруги і нестабільності у суспільстві. Така ситуація не сприяє формуванню суспільної думки щодо справедливості суспільного устрою, схваленню населенням як внутрішньої, так і зовнішньої політики нашої держави.

Наприклад, пригадаємо конституційний переворот 2010 року, коли відбулося неконституційне захоплення та узурпація державної влади В. Ф. Януковичем. Ключовим у цьому процесі стала зміна тексту Конституції України. Поява «нової» редакції Конституції України була наслідком лише рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. та низки організаційних дій. Як правильно зазначив М. І. Мельник, заміна тексту Конституції України у 2010 р. відбулася в неконституційний спосіб і неповноважним суб'єктом: було змінено конституційний лад, у т.ч. форму державного правління та політичний режим, а саме повноту влади сконцентрували в руках президента¹. Після так званого офіційного оприлюднення тексту «нової» Конституції України органи державної влади, зокрема парламент, почали виконувати рішення Конституційного Суду України про приведення нормативно-правових актів у відповідність до Конституції України 1996 р., а потім втілювати їх у життя з відомими всьому світу наслідками². Відбулася майже повна правова делегітимізація державної влади, її вихід з-під контролю громадянського суспільства. Такий вищий рівень несправедливості при намаганні окремими представниками влади змінити Основний Закон та запровадити кримінальний порядок, зокрема викликав Революцію гідності, коли народ

¹ Мельник М. І. Конституційна афера. *Дзеркало тижня*. 14 лютого 2014 р. URL: https://zn.ua/ukr/internal/konstituciyna-afera_.html (дата звернення: 04.08.2023).

² Мельник М. І. Конституційна афера. *Дзеркало тижня*. 14 лютого 2014 р. URL: https://zn.ua/ukr/internal/konstituciyna-afera_.html (дата звернення: 04.08.2023).

скористався своїм природним (передбаченим Загальною декларацією прав людини та Конституцією України) правом на спротив диктатурі і гнобленню.

Поняття справедливості має переважно колективістський смисл¹. Воно відображає вимогу відповідності діяння і відплати, тобто відповідність цінностей, благ, які суб'єкт діяльності (індивід, соціальна група тощо) дає суспільству (іншим людям) і одержує від нього. Під цінностями тут маються на увазі не лише позитивно значущі предмети (речі), їх властивості, відносини, а й негативно значущі. Як добру протистоїть зло, так і позитивним цінностям відповідають їх антиподи. Причому величина цінностей завжди прив'язана до конкретного суб'єкта, його конкретної потреби. Тому справедливість передбачає не лише відповідність прав і обов'язків, праці і винагороди, заслуг і їх визнання, але й злочину та покарання.

Важливі вихідні моменти, на яких базуються потенційно консенсуальні уявлення про справедливість, пропонує саме право, тобто чинні норми і принципи – норми Конституції України, а також інші правові норми, включаючи принципи, вироблені в процесі здійснення правосуддя та загальноновизнані принципи управлінської діяльності. Вони утворюють етико-правовий контекст, який претендує на те, щоб його визнавали вираженням панівних у суспільстві уявлень про справедливість². Основою такого погляду є впевненість, що живучими і конкурентоспроможними, принаймні з огляду на найзагальніші тенденції розвитку права, можуть бути лише ті його принципи і норми, щодо яких у суспільстві існує консенсус³. Право повинно становити собою нормативно закріплену справедливість. Соціальна цінність права полягає у справедливому правозастосуванні, що є одним із засобів забезпечення соціальної справедливості. Можна сказати, що принцип справедливості лежить в основі всієї правової діяльності, у тому числі й у сфері боротьби зі злочинністю. Прийоми стримування злочинності є ефективними лише тоді, коли вони відповідають суспільним стандартам справедливості.

¹ Шакун В.І. Несправедливість у кримінологічному вимірі. *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 9–10 жовт. 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2014. С. 48.

² Там само

³ Циппелиус Райнгольд. *Юридична методологія*. / пер., адаптація, приклади з права України і список термінів Р. Корнута. Київ: Вид-во «Реферат», 2004. С. 88.

Справедливість не можна підмінити законом¹. Не є справедливою ситуація, коли процедура вирішення якогось питання, важливого для однієї людини, є більш складною, ніж процедура вирішення проблеми, важливої для багатьох людей. Так, наприклад, на думку очільника Міністерства охорони здоров'я України Віктора Ляшка, «у роботі МСЕК є дві проблеми: ставлять інвалідність тому, кому непотрібно ставити, не ставлять тому, кому потрібно»². Пригадаємо відому історію військовослужбовця ЗСУ Петра Олексюка, який дістав поранення. У нього майже повністю відірвало п'яту, коли наступив на міну. Однак ногу і стопу вдалося зберегти, а от за групу інвалідності довелося знову воювати. «Документи не погодили. Тому що в довідці ВЛК не вказано про ступінь відчленування стопи», – розповів Петро Олексюк³. Після тривалих митарств військовослужбовець звернувся до Служби безпеки України. «СБУ влаштувала цілу спецоперацію із міченими купюрами та обшуками у столичному МСЕК і домівках усіх причетних лікарів і експертів, де познаходили ще купу документів і грошей від АТО-вців. Тоді з'ясувалося, що 26 поранених військових занесли до МСЕКу від 700 до 4 тис. доларів. Це було у 2019 році. Зараз нічого не змінилося, крім курсу долара...»⁴. На перший погляд, ця проблема функціонування МСЕК здається проблемою етичною, і поведінку чиновників можна пояснювати їх моральними якостями (як і того, хто від імені багатьох людей робить гучні заяви), або ж можна посилатись на З. Фрейда і шукати причини самодурства у підсвідомості таких чиновників. Однак причина не лише в цьому. Як колективний, так й індивідуальний суб'єкт згадує про справедливість і починає за неї боротись лише тоді й до того часу, коли його права порушено. Як тільки власна проблема вирішена, людина перестає помічати несправедливість. Звідси висновок: злочинним

¹ Шакун В.І. Несправедливість у кримінологічному вимірі. *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 9–10 жовт. 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2014. С. 49.

² Долари за групу інвалідності: як МСЕК наживаються на військових і цивільних та коли ці комісії ліквідують. URL: <https://tsn.ua/ukrayina/uryad-nazvav-datu-do-yakoyi-likviduyut-ekspertni-komisiyi-z-viznachennya-grupi-invalidnosti-civilnim-i-viyskovim-2348044.html> (дата звернення: 04.08.2023).

³ Там само

⁴ Долари за групу інвалідності: як МСЕК наживаються на військових і цивільних та коли ці комісії ліквідують. URL: <https://tsn.ua/ukrayina/uryad-nazvav-datu-do-yakoyi-likviduyut-ekspertni-komisiyi-z-viznachennya-grupi-invalidnosti-civilnim-i-viyskovim-2348044.html> (дата звернення: 04.08.2023).

є саме суспільство, оскільки до вирішення проблеми злочинності воно підходить із нереалістичних і неефективних позицій. Саме відсутність справедливості, неможливість досягти її законним шляхом призводить до масових проявів злочинності, які тепер спостерігаємо.

Низка сучасних учених вважають, що основоположним принципом побудови суспільства є принцип еквівалентності¹. Розвиток цього принципу породжує поняття рівності спочатку у формі еквівалентного обміну, а потім у формі рівності всіх людей у суспільстві, у формі справедливості та правової рівності. Однак рушійною силою поведінки будь-якої живої істоти не є прагнення досягнути рівності, або еквівалентності, або справедливості. У першу чергу, людина прагне реалізації особистого інтересу. Еквівалентність і справедливість – це лише засоби забезпечення стійкості, форма підсвідомого відчуття індивідом доцільності тієї або іншої поведінки. Несправедливість породжує рівність, а необхідність виживання людини породжує і справедливість, і рівність. При цьому ідея повної економічної рівності, тобто зрівнялівки, не лише неефективна, а й так само несправедлива. Однак для того, щоб відстоювати справедливість перед нерівністю, слід визначити підстави цієї нерівності, переконатися, що її економічна природа є абсолютно чесною та законною. Економічна нерівність не може бути заснована на крадіжці і корупції. Лише легітимність нерівності може переконати народ у її справедливості. Людина, яка на законних підставах набула будь-яких цінностей завдяки своїй наполегливій праці, принцип справедливості не порушила. Звичайно, це можна сказати далеко не про всіх «нових українців», що мають сумнівні (часто кримінальні) джерела збагачення і протистоять величезній армії «нових бідних». Наприклад, як повідомлялося, журналісти видання «Українська правда» оприлюднили розслідування, згідно з яким заступник керівника парламентської фракції «Слуга народу» Павло Халімон під час повномасштабної російсько-української війни придбав маєток на Печерську вартістю 10,3 млн. гривень, оформивши його на іншу особу, а це в п'ять–шість разів дешевше за вартість маєтків аналогічної площі в цьому районі². Отже глибоке соціальне

¹ Шакун В.І. Несправедливість у кримінологічному вимірі. *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 9–10 жовт. 2014 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2014. С. 49.

² Депутата Халімона звільнять із посади заступника голови фракції «Слуга народу» – Арахамія. URL <https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/3657501-deputata-halimona-zvilnat>

розшарування у нашій країні, величезний розрив рівня життя багатих і бідних, що майже не має аналогів у світі, не сприяє боротьбі зі злочинністю.

Справедливість не завжди може бути забезпечена раціональними засобами. Те, що вважає справедливим одна людина, не обов'язково визнається іншою. Людина, яка ніколи не була жертвою злочину, не завжди зрозуміє того, хто на собі відчув, що означає бути потерпілим. Уявлення про справедливість притаманні людині, що була вихована згідно з ідеологією радянського способу життя, розходяться з розумінням справедливості, характерним для суспільства з ринковими відносинами. Руїнації уявлень про справедливість сприяє і кризовий стан суспільства, що у значну міру пов'язаний з «ідеологічною революцією» 90-х років минулого століття, коли замість комуністичної ідеології на озброєння була взята радикально-ліберальна її модель (лібертарна, неоліберальна). Суспільство, в якому жили батьки, сьогодні суттєво відрізняється від того, в якому живуть їхні діти. Справа не в тому, що молоде покоління є менш моральним, оскільки нечестиве, а в тому, що механізми звичаю, традицій і моралі стали неефективними.

Більш справедливий розподіл доходів, що проявляється зокрема через зниження бідності, є вагомим стимулом (і матеріальним, і психологічним) розширення участі всіх верств населення в економічному розвитку, тоді як посилення несправедливості і масштабна бідність загрожують стати деструктивною силою щодо економічного прогресу, провокувати соціальну напруженість і викликати протидію перетворенням з боку тих, хто втратив надію на покращання власної долі.

Наприклад, нагадаємо про проблему легалізації обігу земельних ресурсів в Україні¹. Як відомо, до 1 січня 2024 року загальна площа земельних ділянок сільськогосподарського призначення у власності громадянина України не може перевищувати ста гектарів (пункт 15 розділу X Земельного кодексу України)². Однак після цієї

iz-posadi-zastupnika-golovi-frakcii-sluga-narodu-arahamia.html (дата звернення: 04.08.2023).

¹ Шакун В.І. Кримінально-правова охорона національного багатства. *Актуальні проблеми кримінального права*: матеріали XII Всеукр. наук.-теорет. конф., присвяч. пам'яті проф. П.П. Михайленка (Київ, 30 листоп. 2022 р.) / редкол.: В.В. Черней та ін.; упоряд. А.А. Вознюк, О.М. Шармар, О.А. Федоренко. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 138.

² Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text> (дата звернення: 04.08.2023).

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

дати відповідно до частини другої статті 130 Земельного кодексу України загальна площа земельних ділянок сільськогосподарського призначення у власності громадянина України чи юридичної особи може досягати десяти тисяч гектарів¹. З урахуванням загальної площі земель сільськогосподарського призначення (а це близько 42 млн. гектарів) можливість зосередження у власності однієї особи такої великої площі землі означає в майбутньому концентрацію всіх земель (укрупнення, збільшення розмірів землеволодінь чи землекористувань) у власності невеликого кола осіб чи корпоративних структур, адже законодавець допускає можливість перебування всіх земель сільськогосподарського призначення на всій території України у власності лише 4200 осіб!!!² Це унеможливить доступ до таких земель громадян України, зокрема тих, хто проживає у сільській місцевості, призведе до порушення соціальної злагоди в Україні. Крім того, концентрація земель сільськогосподарського призначення загрожує продовольчому самозабезпеченню країни внаслідок збільшення площ під експортні сировинні культури, витісненню з вітчизняної сільськогосподарської системи дрібних виробників, призведе до звуження сфери зайнятості громадян, які проживають у сільській місцевості, зменшення економічної бази розвитку сільських територій, руйнування демографічно-го й економічного потенціалу розвитку сімейного фермерства³.

Таке несправедливе нормативне регулювання ринку землі всупереч частині першій статті 13 Конституції України допускає набуття права власності на землю в Україні особами, які не є громадянами України, через створені за українським законодавством юридичні особи. Проте за Конституцією України земля в Україні є об'єктом права власності лише громадян України. Щоб це змінити, потрібно вносити зміни до Розділу I «Загальні засади» Конституції України за визначеною в Основному Законі України процедурою, а не проводити референдум, який вирішить питання про можливість передачі

¹ Там само

² Шакун В.І. Кримінально-правова охорона національного багатства. *Актуальні проблеми кримінального права* : матеріали XII Всеукр. наук.-теорет. конф., присвяч. пам'яті проф. П.П. Михайленка (Київ, 30 листоп. 2022 р.) / редкол.: В.В. Черней та ін.; упоряд. А.А. Вознюк, О.М. Шармар, О.А. Федоренко. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 138.

³ Шакун В.І. Кримінально-правова охорона національного багатства. *Актуальні проблеми кримінального права: матеріали XII Всеукр. наук.-теорет. конф., присвяч. пам'яті проф. П.П. Михайленка* (Київ, 30 листоп. 2022 р.) / редкол.: В.В. Черней та ін.; упоряд. А.А. Вознюк, О.М. Шармар, О.А. Федоренко. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 138.

у власність землі юридичним особам, засновниками (учасниками) чи бенефіціарами яких є іноземці¹.

Несправедливість є чинником не тільки криміналізації суспільства, аналогічний зв'язок спостерігається і між нерівністю та корупцією. Нерівний розподіл доходів і багатства може підштовхнути певні групи з високими доходами до втручання у політику і державне управління. Зокрема, значна концентрація ресурсів і доходів дає змогу спрямовувати певну їх частину на хабарі високопосадовцям і використовувати їхні можливості у власних економічних інтересах. Таке зрощування багатства з владою, очевидно, не сприяє ні гармонійному розвитку суспільства, ні високим темпам економічного зростання, оскільки дає переваги окремим складовим економіки за рахунок інших. Переваги можуть надаватися або через безпосереднє бюджетне фінансування, або через різноманітні податкові привілеї. У той або інший спосіб така несправедливість зумовлює економічні (а потім і соціальні) конфлікти. Численні дослідження свідчать про те, що їх гострота прямо пропорційна ступеню несправедливості.

На жаль, незважаючи на воєнний стан, внутрішня несправедливість має тенденції до певного зростання. Пригадаємо деякі з суспільно резонансних випадків, коли корупція представників влади, правоохоронних та судових органів особливо гостро свідчить про несправедливість.

16 травня 2023 року на спільному брифінгу керівник САП Олександр Клименко та Директор НАБУ Семен Кривонос повідомили про затримання Голови Верховного Суду Всеволода Князева та обшуки у будівлі Верховного Суду. Ексголови Верховного Суду викрили на отриманні 2,7 млн. дол. США неправомірної вигоди та повідомили про підозру за ч. 4 ст. 368 КК України².

Протягом січня-травня 2023 року Держмитслужбою встановлено 653 випадки зникнення вантажів, які проходили через митницю як гуманітарна допомога військовим (пластини до бронезилетів, прилади нічного бачення, тепловізори, дрони, автотранспорт тощо). Для порівняння, протягом усього 2022 року митницями Держмитслужби

¹ Шишкін В. Земля – це національне багатство України. 24 травня 2021. URL: <https://i-ua.tv/society/27707-viktor-shyshkin-zemlia-tse-natsionalne-bahatstvo-ukrainy> (дата звернення: 04.08.2023).

² Голові Верховного Суду та адвокату повідомили про підозру. URL: <https://nabu.gov.ua/news/golov-verkhovnogo-sudu-ta-advokatu-pov-domili-pro-p-dozru/> (дата звернення: 04.08.2023).

1.1 Громадянське суспільство: поняття, ознаки, структурні елементи...

складено 100 протоколів про порушення митних правил, де предметами правопорушень були товари, ввезені на митну територію України як гуманітарна допомога, а за 5 місяців 2023 року вже складено 115 протоколів¹.

Тимчасова слідча комісія Верховної Ради України з питань розслідування можливих порушень законодавства України у сфері отримання, розподілу, транспортування, зберігання, використання за цільовим призначенням гуманітарної та іншої допомоги, а також неефективного використання державного майна, яке може бути використане для тимчасового розміщення внутрішньо переміщених осіб та забезпечення інших потреб держави, утворена відповідно до Постанови Верховної Ради України від 20 вересня 2022 року № 2603–IX, підготувала попередній невітійний звіт (Додаток до Постанови Верховної Ради України від 11 квітня 2023 року № 3044–IX), який свідчить про численні факти несправедливості у сфері обігу гуманітарної допомоги². Для мінімізації вказаних негативних випадків, відома антикорупційна організація Rise Ukraine (коаліція з 40 міжнародних та українських організацій, які прагнуть доброчесності та підзвітності в процесі відновлення України) визначає 10 принципів відновлення України: покладатися на закупівлі, що належать українцям і перевірені міжнародними організаціями; підвищити ефективність відбудови; забезпечення прозорості та підзвітності; сприяння конкуренції та ефективності; відповідність вимогам стійкості; координація з міжнародними, внутрішніми та місцевими партнерами; забезпечення справедливості та інклюзивності; публікація та використання доступних даних; продовження реформ, необхідних для членства в ЄС; нульова терпимість до корупції³.

¹ В Україні зникло 653 партії гуманітарних вантажів військового призначення – митниця. URL: [https://www.epravda.com.ua/news/2023/06/15/701226/#:~: text= \(дата звернення: 04.08.2023\).](https://www.epravda.com.ua/news/2023/06/15/701226/#:~:text=(дата звернення: 04.08.2023).)

² Попередній звіт Тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України з питань розслідування можливих порушень законодавства України у сфері отримання, розподілу, транспортування, зберігання, використання за цільовим призначенням гуманітарної та іншої допомоги, а також неефективного використання державного майна, яке може бути використане для тимчасового розміщення внутрішньо переміщених осіб та забезпечення інших потреб держави: Додаток до Постанови Верховної Ради України від 11 квітня 2023 року № 3044–IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3044-20#Text> (дата звернення: 04.08.2023).

³ Brock Bierman and Daniel F. Runde. Ensuring NGO Accountability for Reconstruction and Humanitarian Relief in Ukraine. *Center for Strategic & International Studies*. Published July 18, 2023. URL: <https://www.csis.org/analysis/ensuring-ngo-accountability-reconstruction-and->

Також усім вже відомі сумнозвісні договори щодо закупівлі харчів Міністерством оборони України, в яких, зокрема, йшлося про закупівлю яєць по 17 гривень за штуку, що могло спричинити збитки держбюджету на мільярди гривень¹. На жаль, ця інформація знайшла підтвердження, що зафіксовано у таємному документі щодо результатів перевірки Міністерства оборони України та інших військових органів, про що повідомила голова Державної аудиторської служби Алла Басалаєва в інтерв'ю «Главкому»².

Також не можна не згадати й останні суспільно резонансні події у сфері оборонних закупівель, коли, за інформацією Міністерства фінансів України, прострочена дебіторська заборгованість (це коли замовник сплачує кошти постачальнику, але обіцяний товар не отримує в строк, обумовлений у договорі) Міністерства оборони України за період з 1 січня 2022 року по 1 травня 2023 року становить 36,3 млрд. грн.³ Щодо пояснення причин такої ситуації наведемо аргументи колишньої виконавчої директорки Ради реформ при Президенті України Марії Барабаш: «Тендера виграють часто компанії, які не можуть виконати замовлення або якість товарів буде вкрай низькою. Саме про такі корупційні ризики попереджав полковник Євгеній Єлькін у 2021–2022 роках голову Комітету ВР України з питань національної безпеки, оборони та розвідки Олександра Завітневича, членів Комітету та голову підкомітету запровадження цінностей і стандартів НАТО Мар'яну Безуглу. Проігнорували»⁴.

Усі ці та інші факти корупції представників влади дозволяють дійти висновку про існування внутрішньої несправедливості, яка є сер-

¹ Ніколов Ю. Тилові пацюки Міноборони під час війни «пиляють» на харчах для ЗСУ більше, ніж за мирного життя. *Дзеркало тижня*. URL: <https://zn.ua/ukr/economic-security/tilovi-patsjuki-minoboroni-pid-chas-vijni-piljajut-na-kharchakh-dlja-zsu-bilshe-nizh-zamirnoho-zhittja.html> (дата звернення: 04.08.2023).

² Голова Держаудитслужби Алла Басалаєва: Результати ревізії Міноборони – це 3 тис. сторінок. Документ таємний. URL: <https://glavcom.ua/longreads/holova-derzhauditsluzhbi-alla-basalajeva-kharkiv-vzhe-ne-perevirimo-bo-vse-spaleno-927555.html> (дата звернення: 04.08.2023).

³ Каленюк Д. У Міноборони Резнікова спустили «в трубу» 36 мільярдів бюджетних гривень. *Дзеркало тижня*. URL: <https://zn.ua/ukr/anticorruption/u-minoboroni-reznikova-spustili-v-trubu-36-miljardiv-bjudzhetnikh-hriven.html> (дата звернення: 04.08.2023).

⁴ Резніков має або пояснити корупцію в Міноборони, або подати у відставку – колишня очільниця Ради реформ Барабаш. URL: <https://delo.ua/politics/reznikov-maje-abo-poyasniti-korupciyu-v-minoboroni-abo-podati-u-vidstavku-kolisnya-ocilnicya-radi-reform-barabas-420644/> (дата звернення: 04.08.2023).

йозною перепорою для відновлення зовнішньої справедливості. Про це зазначила 14 липня 2023 року Надзвичайний і Повноважний Посол США в Україні Бріджит Брінк: «Для майбутнього країни поряд з боротьбою на полі бою важлива і боротьба з корупцією. Адже інвестори хочуть бачити Україну як партнера з сильною демократією та верховенством права»¹.

На нашу думку, вістря цієї проблеми полягає не тільки в невідомому статусі національних інтересів у сучасній Україні, але й в тому, що «групові інтереси відверто нехтують навіть абсолютно консенсусними уявленнями про національні інтереси, діючи за принципом Людовіка XIV: держава – це я. Абсолютна більшість груп інтересів сучасної України не враховує двох істотних «але»: по-перше, вони – не Людовік XIV; по-друге, варто все-таки не забувати, чим у 1789 році завершилась епоха Людовіків. Однак українська квазі-еліта і групи інтересів чомусь легковажно вважають, що гільйотина – це життєвий хрест кого завгодно, але тільки не їхній...»².

Питання співвідношень політики і справедливості, права і справедливості, злочину і справедливого покарання були і залишаються актуальними в будь-якому державно-організованому суспільстві. Ще на зорі свого виникнення держава встановила в суспільстві єдиний порядок шляхом санкціонування усталених звичаїв, видання законів і створення судових і адміністративних прецедентів. Результативність кримінологічної політики багато в чому залежить не тільки від законодавчої та узгодженої правозастосовної і правоохоронної діяльності владних органів, спрямованої на боротьбу зі злочинністю, а й головним чином від соціально-економічного стану, етичних норм та правової культури суспільства, нарешті і від природного бажання більшості пересічних громадян позбутися злочинності.

Деформованість політичної сфери української держави проявилась не тільки в різкому ослабленні держави. Слід констатувати факт, що основою деформації пострадянської України стало встановлення в країні кримінально-олігархічного режиму, який утвердився під прапором шляху до демократії. У результаті відбулося переро-

¹ Боротьба з корупцією необхідна для ефективного відновлення України – Посол США. URL: <https://nabu.gov.ua/news/borot-ba-z-koruptc-iu-neobkh-dna-dlia-efektivnogo-vidnovlennia-ukra-ni-posol-ssha/> (дата звернення: 04.08.2023).

² Левкулич В. В. Справедливість як соціокультурний феномен: монографія. Ужгород: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 71.

дження держави: реальна політична влада в країні виявилася практично в руках невеликої, але згуртованої групи олігархів¹.

Економічна та соціальна політика стала все більше відповідати інтересам не більшості населення країни, а насамперед вузького прошарку багатих. Найсерйознішою деформацією державності є також пряма криміналізація влади. Проявилась вона у тотальній корупованості, проникненні до владних структур представників криміналітету, фактичній заміні низки державних функцій організованою злочинністю як тіньовою політичною силою, у формуванні так званого «тіньового права» – неофіційного регулятора суспільних відносин на основі «понять».

Проведене дослідження також свідчить про значний криміногенний потенціал, який закладений у бюрократизації, закритості та безконтрольності владних структур, згортанні демократичних інститутів, відсутності або пасивності елементів громадянського суспільства. Самостійну криміногенну роль відіграють національно-етнічні чи релігійні конфлікти політичного характеру, пов'язані з боротьбою за владу на певній території.

На нашу думку, громадянин і держава повинні перебувати в збалансованих відносинах на основі поваги взаємних прав і відповідальності, гуманізму і справедливості, без обмеження прав людини, а також без свавілля чиновника чи приватної особи.

Змушені звернути увагу і на деформацію правової політики, зокрема в галузі боротьби зі злочинністю. Про це вже багато говорилося, але ще раз відзначимо явну неадекватність сучасних заходів боротьби масштабам і ступеню сучасних кримінальних загроз.

У чому ж полягає політична справедливість? Напевне у здійсненні унормованих відносин між суб'єктами і об'єктом політики, інститутами та громадянами, державним апаратом і населенням. Політична справедливість є дуже динамічним і складним для визначення поняттям у соціальній і політичній практиці. Вона залежить від багатьох факторів: від форми політичної організації, зрілості політичної культури, політичного режиму, розподілу суспільних і політичних інтересів тощо.

Політична справедливість знаходиться в стадії становлення. Її зріла форма пов'язана з розгортанням інститутів політичної сво-

¹ Власюк О. С., Кононенко С. В. Кремлівська агресія проти України: роздуми в контексті війни: монографія. Київ: НІСД, 2017. С. 26.

боди і демократії за умови розширення сектору справедливості. Водночас для певної єдності економіки та політики характерним є жорстко визначений зміст справедливості. Відносини справедливості і несправедливості у значну міру залежать від політичного режиму. Не форма влади, а її реальний зміст виступає основою справедливості. Наприклад, при тоталітарних режимах у суспільстві панує несправедливість. Формальна демократія також пов'язана з несправедливістю. Відтак констатуємо, що населенню України ще жодного разу не представлялася можливість навіть відчутти, що таке політична справедливість.

Політико-правова сфера суспільства охоплює собою той соціальний простір, де зароджуються і функціонують політичні та правові відносини і здійснюють свою діяльність відповідні інституційні форми організації суспільного життя, що використовують механізми нормативно-владного регулювання та управління громадським життям – політичні та правові інститути.

Політико-правовій сфері належить важлива роль у створенні оптимальних умов для функціонування і розвитку суспільного організму. Від рівня розвитку політико-правової сфери, що проявляється в її здатності адекватно відображати у своїй діяльності різноманіття інтересів і цілей різних соціальних груп і спільнот людей, знаходити прийнятні для більшості населення форми і методи вирішення господарсько-економічних, соціальних та інших суспільно значущих проблем, у значну міру залежить стабільність суспільства як цілісного утворення, його добробут і процвітання.

Отже, влада є системоутворювальною характеристикою суспільства. Будь-яка влада утримує суспільство від розпаду, зберігає його як цілісну систему.

Водночас у кожній державі влада приймає закони на свою користь: демократія – демократичні закони, тиранія – тиранічні тощо. Встановивши подібні закони, влада оголошує їх справедливими. Володіння владою дає великі переваги. Несправедливість у політичних відносинах виявляється доцільнішою і вигіднішою за справедливість.

Політичні цінності є своєрідним обмежувальним фільтром щодо здійснення державної політики. Соціальна справедливість, легітимність, довіра, консенсус та інші цінності утримують політику в межах домінування її позитивного потенціалу й забезпечують від негативних проявів. Т. Парсонс розглядав політичні цінності як вищі принципи,

на основі яких досягається консенсус як у малих соціальних групах, так і в суспільстві загалом¹.

На основі дослідження політико-правових джерел та спостереження за практичним розвитком України в умовах незалежності Н. Жабінець запропонувала схему, з якої постає зміст вітчизняної системи політичних цінностей. Її основу становлять: 1) домінуючі ідеї-цінності, до яких належать: свобода, справедливість, політична стабільність, громадянське суспільство; 2) розвиваючі цінності, якими є: законність, політична лояльність, толерантність, схильність до компромісів, відповідальність, свідоме (неупереджене) ставлення до змін, ефективна участь у політичному житті, безпека, рівність, політичний суверенітет, патріотизм, плюралізм, легітимність, постматеріалізм тощо².

У сучасних умовах політико-правового розвитку України, коли у державотворчій діяльності імператив Н. Макіавеллі майже остаточно витіснив імператив І. Канта, на науковому і освітньому рівні необхідно зробити все можливе для того, щоб повернути політиці та праву відібрану в них мораль. У цьому випадку якраз і слід звернутися до потенціалу аксіології, зокрема аксіології права. Остання розглядається у межах філософії права як система теоретичних понять, висновків, концепцій щодо ціннісної детермінації права.

Сьогодні, як ніколи раніше, треба пам'ятати уроки історії, які засвідчують, що в умовах, коли засоби правотворення нерідко підміняються наказною або формально-утилітарною нормотворчістю, для істинного призначення права – бути мистецтвом добра і справедливості – місця по суті не залишається. Це стосується й сучасної України, де останнім часом забагато інтелектуальної енергії витрачається на створення нової моделі політико-правової системи. Зрештою намагання демократизувати систему є однією з основних складових кризи, яка вже стала у нашій країні перманентною. Це викликає занепокоєння, оскільки пріоритетні для українського суспільства цінності загалом відомі й не викликають заперечень у жодної з політичних сил. До таких цінностей належать: державність, добробут населення, національна безпека, європейський вибір, відданість загальнолюдським

¹ Горбатенко В. Політико-правові цінності в контексті демократизації українського суспільства. *Право України*. 2013. № 8. С. 149–157.

² Жабінець Н.В. Політичні цінності та їх втілення у процесі демократизації українського суспільства: автореф. дис. ... канд. політ. наук: 23.00.02. Київ, 2006. 20 с.

цінностям, демократичні права і свободи людини, консолідація суспільства, якість життя людини, зменшення факторів несправедливості.

Досвід демократичних країн доводить, що працюючу модель політико-правової системи неможливо створити лише через політику, інструментальними засобами. Її можна створити і необхідно це робити через залучення потенціалу базових цінностей. Сьогодні ж ми обеззброєні в політико-культурному розумінні. Українське суспільство до певної міри змирилося з маніпулятивними технологіями, а більшість людей утвердилася у переконанні, що політика є однозначно брудною справою, яка робиться лише за гроші.

На жаль, забули про такі цементуючі суспільство чинники, як соціальна ціна модернізації, справедливість, відповідальність, незалежність, свобода, солідарність, толерантність, довіра.

Щоб зрозуміти необхідність ціннісно-цільової політико-правової орієнтації у процесі державотворення, погоджуючись із В. Горбатенко, окреслимо визначальні проблеми ціннісного характеру, надзвичайно важливі у контексті переформатування у воєнний час політико-правової системи України.

Проблема 1. Необхідність забезпечення переходу від уявного до реального правотворення. Надмірна ідеалізація позитивного права в нашій країні призвела до ігнорування елементів природно-правового розвитку, специфічних особливостей правової культури українського суспільства. Правовий формалізм як форма існування конституціоналізму повинен означати відокремлення права від бюрократії. Бюрократія має обслуговувати існуючий порядок, а не свавільно творити його. Пошук правового рішення в кожному конкретному випадку, зокрема і в умовах нинішньої кризи, повинен полягати не в пересмикуванні конституційних норм у той чи інший бік, а в пошуку справедливості, оскільки саме вона становить істинну сутність права. Р. Циппеліус зазначає: «Якщо хтось бажає у дусі легізму зводити всі права до приписів державних законодавців, то залишається відкритим ряд питань, і насамперед питання, на якій підставі слід дотримуватися приписів наділеної примусовою силою центральної влади»¹.

Проблема 2. Подолання девальвації загально визнаних політико-правових цінностей – рівності, справедливості, відповідальності. Негативним явищем, пов'язаним із проблемою забезпечення рівності

¹ Циппеліус Р. Філософія права: підручник / пер. з нім. Київ: Тандем, 2000. С. 76.

як політико-правової цінності, є криза розподілу. Ця криза безпосередньо пов'язана з можливостями правлячої влади у питанні забезпечення однієї з аксіом – досягнення розподільної справедливості. Грубо порушивши принципи, на яких базується соціальний контракт між правлячою елітою і населенням, українська влада довела до небезпечної межі соціокультурний розкол суспільства в умовах здійснення реформ. Такий розкол виникає об'єктивно і призводить до протистояння представників соціальних груп із високими можливостями та доходами і тих, хто опиняється на протилежному полюсі.

Проблема подолання кризи розподілу, що означає забезпечення допустимої політико-правової межі соціальної рівності, може бути вирішена за умови забезпечення таких напрямів суспільно-політичного розвитку, як:

1) розвиток малого підприємництва, формування середнього класу; розв'язання проблеми власності з урахуванням соціальної справедливості, що відповідає вимогам і потребам більшості суспільства;

2) створення в суспільстві ситуацій рівності у забезпеченні основних прав та обов'язків, а також допущення соціальної й економічної нерівності на основі справедливості, яка дає змогу надання компенсаційних переваг для кожної людини, зокрема й для менш забезпечених членів суспільства; досягнення рівності і відкритості доступу до владно значущих відповідальних посад на основі конкурентного відбору;

3) подолання лицемірства представників влади, пов'язаного з намаганнями приховати опікування винятково власним добробутом за гучними заявами про їхнє прагнення до забезпечення народного добробуту, а також цинізму населення, пов'язаного з поступовою втратою значущості моральних норм та ідеалів.

Справедливість позначає наявність у соціальному світі правового начала і виражає його правильність, імперативність та необхідність. Виходячи з цього, діяти справедливо означає діяти правомірно, відповідно до загальних вимог права. Виходячи з цього, можна вважати слушною думку, висловлену українським соціологом М. Шульгою: «Якщо, наприклад, упродовж століть у культурі базовою цінністю була соціальна справедливість, то відкинути її навіть масованою волюнтаристською атакою неможливо. І хоч би як нас переконували, що на першому місці мають бути такі цінності, як священне право приватної власності або права людини, останні не зможуть конкурувати

в нашому суспільстві зі справедливістю»¹. Наприклад, пригадаємо відомий резонансний факт, коли у червні 2023 року Державна аудиторська служба за результатами перевірки Міністерства оборони України знайшла порушень на 2,5 мільярда гривень. Такі висновки аудиторів, як відомо, фактично паралізували забезпечення Збройних Сил України². Чи правомірне було це рішення – відповідь повинен дати суд. Так, на думку міністра оборони України Олексія Резнікова, «з юридичного погляду позиція Міноборони є бездоганною. Ми переконані, що український бізнес, який забезпечує армію, має право на прибуток. Українське законодавство це гарантує. Тому ми оскаржили підхід Держаудиту в суді. Бо ситуація не вимагає якихось змін до законодавства чи складних кроків. У наявності є все, щоб діяти розумно і законно. Йдеться винятково про підхід до правозастосування»³. Отже, правомірне (чинне) рішення не завжди є справедливим. Слід погодитися з О. Резніковим, що у більшості українців пріоритет один – наближати перемогу над ворогом і це, на нашу думку, є критерієм справедливості: «Все, що наближає перемогу, – добре, що віддаляє і збільшує її ціну», – погано. Дуже простий критерій оцінювання. Допомогає діяти й ухвалювати рішення у складних обставинах. ... Переконаний, що на час війни нормою для всіх осіб, які представляють державу, мають владні повноваження, повинні стати філософія творення можливостей, а не творення проблем»⁴.

Грунтуючись на існуючих у суспільних науках підходах, із сучасного правового погляду справедливість може бути визначена як внутрішня властивість і якість права; нормативне поняття моралі, що

¹ Шульга М. Національна і політична маргіналізація за умов системної кризи. *Соціологія: теорія, методи, маркетинг*. 2002. № 1. С. 9.

² Проблема вирішується через рішення уряду від 19 липня 2023 р., яким визнано такими, що втратили чинність, постанову КМУ від 20.03.2022 № 335 «Деякі питання здійснення оплати товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб сектору безпеки і оборони в умовах воєнного стану» та постанови уряду, якими до неї були внесені зміни.

³ Резніков О. Державний аудит, що віддаляє перемогу. Стаття міністра оборони Олексія Резнікова про спроби ДАСУ «заборонити» прибуток бізнесів. *Forbes Ukraine*. 3 липня 2023 р. URL: <https://forbes.ua/money/derzhavniy-audit-shcho-viddalyaepere-mogu-stattya-ministra-oboroni-oleksiya-reznikova-pro-sprobi-dasu-zaboroniti-privutok-biznesiv-03072023-14572> (дата звернення: 04.08.2023).

⁴ Резніков О. Державний аудит, що віддаляє перемогу. Стаття міністра оборони Олексія Резнікова про спроби ДАСУ «заборонити» прибуток бізнесів. *Forbes Ukraine*. 3 липня 2023 р. URL: <https://forbes.ua/money/derzhavniy-audit-shcho-viddalyaepere-mogu-stattya-ministra-oboroni-oleksiya-reznikova-pro-sprobi-dasu-zaboroniti-privutok-biznesiv-03072023-14572> (дата звернення: 04.08.2023).

відіграє значну роль у соціально-політичній і правовій свідомості людей; соціальна цінність, захищати й культивувати яку в умовах демократичного розвитку покликана вся система права. Дж. Ролз зазначає, що первинним предметом справедливості є основна структура суспільства чи, точніше, спосіб, у який чільні соціальні інституції розподіляють фундаментальні права та обов'язки й визначають розподіл переваг від соціальної співпраці¹.

Витоки несправедливого розвитку суспільства слід шукати не лише в об'єктивному характері прискореної спонтанної динаміки його розвитку, а й у суб'єктивно створеній ситуації (у значну міру засобами права), що зумовлює розмивання існуючих критеріїв соціальної справедливості. Суттєвою помилкою суб'єктів втілення правової реформи є, на нашу думку, намагання сформувавши правову основу, якої потребує українське суспільство, у відриві від конкретної соціальної реальності.

Однією зі складових успіху втілення правової реформи має стати особиста відповідальність суб'єктів її реалізації як необхідна визначальна ознака розвитку соціуму, що вкладається у тезу, сформульовану відомим філософом права П. Рікером: «Ви відповідальні за те, що спричинили ваші дії, але ви також відповідальні за інше – за те, що це робилося за вашим дорученням або наглядом, а в деяких випадках ви відповідальні й за те, що робилося і поза межами вашої відповідальності»². Отже, сьогодні необхідно включити потенціал відповідальності як функціонуючої політико-правової цінності, що передбачає:

1) створення реально діючих механізмів притягнення вищих посадових осіб до персональної відповідальності;

2) налагодження постійного зв'язку інститутів державної влади із громадянським суспільством.

Проблема 3. Утвердження громадянськості як передумови формування розвиненого громадянського суспільства. Вирішуючи цю проблему, важливо насамперед усвідомити різницю між поняттями «громадянство» і «громадянськість». Якщо громадянство характеризує громадянина як підданого конкретної держави, то громадянськість визначає його як свідомого члена суспільства.

¹ Ролз Дж. Теорія справедливості / пер. з англ. О. Мокровольського. Київ: Видавництво Соломії Павличко «Основи», 2001. С. 31.

² Рікер П. Право і справедливість / пер. із фр. Київ: Дух і літера, 2002. С. 42–43.

Проблема 4. Забезпечення соціальної згоди на основі гармонізації суспільних інтересів. Причини невизначеності соціальних інтересів в умовах сучасного розвитку українського суспільства слід шукати на двох полюсах: 1) у посттоталітарній свідомості й недемократичній поведінці сучасної еліти, яка свідомо продукує ідеологію соціальної нестабільності й несправедливості та якій невігідна ясність з ідеологією як безпосередньою причиною інтересів; 2) у середовищі відчуженої маси населення, якій у стані війни властиве мовчання як своєрідна відповідь на неадекватну її прагненням ситуацію в державі й суспільстві.

Розвиток України на сучасному етапі характеризується розширенням участі громадянських структур з їхніми специфічними інтересами в управлінні різними сферами суспільного життя, а також їхнього впливу на процеси державотворення, правотворення і полікотворення.

На нашу думку, гармонійна взаємодія інститутів громадянського суспільства з державою дозволить поступово обмежити державне втручання в життя громадян. Розростання держави буде поступово зведене до мінімуму і дозволить останній посісти належне їй в умовах сучасного розвитку місце – бути лише функцією суспільства під його постійним і всебічним контролем.

Згідно з результатами дослідження Київського міжнародного інституту соціології у межах проекту «Ініціатива секторальної підтримки громадянського суспільства» станом на грудень 2021 року кількість зареєстрованих громадських організацій досягла 96258, що на 19193 більше, ніж у 2013 році (приріст 25%), однак повномасштабне російське вторгнення 2022 року зменшило кількість нових громадських організацій (ГО), що з'являються в Україні, проте радикально збільшило число нових благодійних організацій (БО) (кількість згадок благодійних фондів, благодійних організацій, громадських організацій, волонтерських організацій в українському медіапросторі зросла з лютого 2022 року по листопад майже в 10 разів: з 9398 згадок у лютому до 97940 в листопаді)¹. Виконавча директорка Київського міжнародного інституту соціології Наталія Харченко підкреслила: «Мене вразив дуже великий ступінь адаптації, яке продемонструвало наше громадянське

¹ 77% громадських організацій допомагають ЗСУ, але прагнуть поступово повертатися до основних напрямів діяльності – результати дослідження. URL: <https://cs.detector.media/community/texts/185203/2023-02-21-77-gromadskykh-organizatsiy-dopomagayut-zsu-ale-pragnut-postupovo-povertatsya-do-osnovnykh-napryamiv-diyalnosti-rezultaty-doslidzhennya/> (дата звернення: 04.08.2023).

суспільство і можливості працювати у надскладних умовах. Ми пережили травматичний досвід. З початком повномасштабної війни робота міжнародних донорів завмерла на певний період, поки всі роздивлялися, що відбувається, але організації продовжили працювати і переорієнтувалися дуже швидко. 80% організацій взагалі не припиняли свою роботу за основними напрямками. Завдяки цьому люди, які постраждали, ЗСУ, суспільство відчували підтримку¹. Дослідження засвідчило, що ті напрями, де було залучено найбільше ГО / БО, є незмінними до початку повномасштабної війни і після цього, але їхня пріоритетність суттєво змінилась. Наприклад, якщо до вторгнення найчастіше серед пріоритетів ГО/БО називали культуру, спорт, туризм (36,0%) і освіту (29,1%), то тепер їх згадують рідше (відповідно на 8,8% і 5,3%); сьогодні допомога армії і жертвам російської агресії стали основним напрямом діяльності для 43% ГО / БО, тобто спостерігається зростання відповідно на 21,3% для допомоги ЗСУ і на 25,7% – жертвам війни та переселенцям². Це можна розглядати як свідчення того, що українське суспільство дуже швидко відреагувало на запит сьогодення. Так, 65,1% організацій, створених після початку повномасштабної війни, сфокусовані на допомозі армії і 61,8% – на допомозі жертвам війни, а решта сфер активності були названі в 4 і більше разів рідше³.

Також слід згадати, що 34 правозахисні організації України започаткували Коаліцію документування воєнних злочинів «Україна. П'ята ранку/Ukraine. Five AM Coalition». До неї, зокрема, увійшли Українська Гельсінська спілка з прав людини, Ukrainian Legal Advisory Group, Регіональний центр прав людини, Медійна ініціатива за права людини, Харківський інститут соціальних досліджень, фундація DEJURE. Ці організації здебільшого виїжджають у польові місії на деокуповані території та збирають свідчення людей, які постраждали від дій російських військових або стали свідками воєнних злочинів росіян. Зібрані свідчення вносяться до бази даних I-DOC⁴.

¹ Там само

² 77% громадських організацій допомагають ЗСУ, але прагнуть поступово повертатися до основних напрямів діяльності – результати дослідження. URL: <https://cs.detector.media/community/texts/185203/2023-02-21-77-gromadskykh-organizatsiy-dopomagayut-zsu-ale-pragnut-postupovo-povertatsya-do-osnovnykh-napryamiv-diyalnosti-rezultaty-doslidzhennya/> (дата звернення: 04.08.2023).

³ Там само

⁴ Прізова В. Воєнні злочини РФ в Україні: громадські організації, що документують їх та збирають свідчення для трибуналу. URL: <https://suspile.media/523271-voenni-zlocini-uf>

На думку експертів Центру стратегічних міжнародних досліджень (CSIS), громадські організації відіграватимуть значну роль у грантовому фінансуванні, яке необхідне для відновлення України, яке, за оцінками Світового банку, коштуватиме щонайменше 411 мільярдів доларів. Якщо при вирішенні цього завдання не будуть належним чином визначені пріоритети та координація, воно зрештою може тривати десятиліттями і коштуватиме на мільярди більше – і навіть одна історія про неефективну чи нечесну громадську організацію може бути посилена, щоб завдати шкоди всім, хто намагається допомогти Україні¹.

Отже громадянське суспільство використовує всі свої важелі впливу на подолання як внутрішньої, так і зовнішньої несправедливості. Воно вже стало реальним стейкхолдером дотримання режиму справедливості в державі.

Однак для збільшення довіри до недержавних організацій (громадських організацій, благодійних фондів тощо) в Україні вони повинні мати «прозорість», подібну до корпоративного управління. Керівництво та працівники мають бути чітко ідентифіковані на веб-сайтах організацій і бути абсолютно незалежними від будь-яких благодійників із приватного сектору, які жертвують гроші чи ресурси цій організації. Чітке розмежування приватних інтересів є необхідним, щоб показати, що недержавні організації керуються чесною філантропією, а не отримують прибуток від війни, і члени правління повинні підписати відповідне зобов'язання. Донори та партнери також мають бути оприлюднені на веб-сайтах, як і історія недержавної організації. В ідеалі такі організації повинні навіть використовувати відкриті банківські рахунки та публікувати свої онлайн-транзакції (наприклад, ця послуга доступна безкоштовно в таких банківських установах, як ПриватБанк). Також мають бути прозорі канали зв'язку та зворотного зв'язку із зацікавленими сторонами. Такі недержавні організації повинні періодично перевірятися, а звіти мають бути загальнодоступними².

v-ukraini-gromadski-organizacii-so-dokumentuut-ih-ta-zbraut-svidcenna-dla-tribunalu/ (дата звернення: 04.08.2023).

¹ Brock Bierman and Daniel F. Runde. Ensuring NGO Accountability for Reconstruction and Humanitarian Relief in Ukraine. Center for Strategic & International Studies. Published July 18, 2023. URL: <https://www.csis.org/analysis/ensuring-ngo-accountability-reconstruction-and-humanitarian-relief-ukraine> (дата звернення: 04.08.2023).

² Brock Bierman and Daniel F. Runde. Ensuring NGO Accountability for Reconstruction and

Виходячи із реалій сьогодення, можна дійти висновку, що саме несправедливість руйнує підвалини суспільства і ставить під загрозу майбутнє України. При цьому не можна обійти принцип доповнюваності, сформований Нільсом Бором. На його думку, істинно глибока, фундаментальна реальність не може бути адекватно описана в межах лише одного концептуального поля, а потребує для свого означення принаймні двох концептів, які є взаємно виключними та доповнюють один одного. Як вже зазначали, консолідація суспільства виникає лише на основі справедливості. Отже, проблема встановлення справедливості у суспільстві не може бути вирішена лише на основі демократизації політичної системи, реальної реалізації відповідальності за неправомірну діяльність, забезпечення гідного рівня життя населення, формування його правової свідомості, утвердження ідеалів правової держави і громадянського суспільства, досягнення соціальної консолідації. Таким доповнювальним до концепту «справедливість» вбачаємо концепт «свобода». У цьому дослідженні лише частково торкнулися цього поняття, яке можна розглядати в контексті загальних суспільних чинників, таких як соціальна ціна модернізації, справедливість, відповідальність, незалежність, свобода, солідарність, толерантність, довіра. Проте, на нашу думку, застосування принципу доповнюваності до аналізу концептуально-когнітивного комплексу «свобода – справедливість» спроможне надати певне нове бачення й сформуванню новий продуктивний напрям в українській правовій думці.

1.3 Нові правові імунітети в умовах національного спротиву

Як відомо, правові імунітети досліджуються у різних галузях права: теорії права, міжнародного та конституційного права, у кримінально-процесуальному праві¹. Наприклад, у теорії права правовий імуні-

Humanitarian Relief in Ukraine. *Center for Strategic & International Studies*. Published July 18, 2023. URL: <https://www.csis.org/analysis/ensuring-ngo-accountability-reconstruction-and-humanitarian-relief-ukraine> (дата звернення: 04.08.2023).

¹ Окремим проблемам правових імунітетів присвятили свої праці О.О. Бахуринська, А.О. Бегунц, С.В. Бобровник, О.П. Васильченко, С.Г. Волкотруб, М.І. Козюбра, А.Ю. Кожевников, Р.О. Куйбіда, О.В. Марцеляк, А.І. Музика, С.В. Назаренко, Н.М. Оніщенко, О.М. Овчаренко, М.А. Погорецький, С.П. Погребняк, С.В. Свириденко, В.М. Тертишник, О.В. Ткаля, В.Г. Уваров та інші вчені.

тет визначається як «окрема форма юридичного вилучення, в межах якого особа, що наділена спеціальними ознаками, пов'язаними із здійсненням міжнародних, державних і громадських функцій, звільняється від виконання окремих юридичних обов'язків, від юридичної відповідальності або інших примусових заходів та забезпечує особливий порядок притягнення до юридичної відповідальності»¹.

О.П. Васильченко виділяє такі основні ознаки правового імунітету: «1) створює особливий правовий режим для суб'єктів, які ним володіють; 2) є своєрідним винятком із загального правового статусу особи; 3) поширюється виключно на конкретно визначене коло осіб, перелік яких передбачений у законодавстві; 4) не є особистим привілеєм для осіб визначених законом категорій, а засобом забезпечення здійснення ними публічно значимих міжнародних, державних, службових чи професійних або громадських обов'язків (діяльності); 5) за своїм змістом характеризується або звільненням суб'єкта права від виконання певних обов'язків, або звільненням від юридичної відповідальності»².

У зарубіжному законодавстві під імунітетом розуміється звільнення (release) від правового обов'язку (legal duty) або відповідальності (legal liability), дане індивіду або групі людей унаслідок їх спеціального статусу³. В американському праві виділяють, як правило, три типи правового імунітету: а) обіцянка не переслідувати за злочин в обмін на інформацію або свідчення у кримінальній справі; б) захист державних службовців від відповідальності за свої рішення; с) урядовий (або суверенний) імунітет, який захищає державні органи від судових позовів, якщо уряд не погодився подати до суду; г) дипломатичний імунітет, що звільняє іноземних послів від дії більшості кримінальних законів США⁴.

Один з різновидів правового імунітету є кримінально-правовий, який можна визначити як «сукупність особливих правил, що відноситься до спеціально обумовлених у законі осіб, який регу-

¹ Ткаля О.В. Правовий імунітет в Україні: загальнотеоретичне дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Одеса, 2010. С. 5.

² Васильченко О.П. Правові імунітети як винятки реалізації принципу рівності прав та свобод людини та громадянина в Україні. *Наше право*. 2014. № 8. С. 44.

³ Immunity law. Encyclopædia Britannica, Inc. URL: <https://www.britannica.com/topic/immunity-law> (дата звернення: 05.08.2023).

⁴ Immunity. Dictionary.law. ALM Global, LLC. URL: <https://dictionary.law.com/default.aspx?selected=897> (дата звернення: 05.08.2023).

лює порядок настання кримінальної відповідальності, відмінний від загальноприйнятого»¹. Визначаючи ознаки кримінально-правового імунітету, не знаходимо сталої доктринальної позиції. Детальний аналіз таких ознак не є предметом цього дослідження. Тому в цій роботі будемо спиратися на ознаки, які запропонувала О.О. Бахуринська: «1. Кримінально-правовий імунітет встановлюється у конкретних нормах Загальної або Особливої частин Кримінального кодексу (КК) України і заснований на нормах міжнародного права, Конституції України та інших законах України. 2. Кримінально-правовий імунітет поширюється виключно на конкретно визначене коло осіб, перелік яких передбачений у законодавстві. 3. Кримінально-правовий імунітет є окремим нормативно-правовим винятком із загальних підстав настання кримінальної відповідальності, за своїм змістом є привілеєм від кримінальної відповідальності для особи, у діях якої є підстава для такої відповідальності за змістом ч. 1 ст. 2 КК України. Підставою непрягнення до кримінальної відповідальності осіб, визначених у зазначених вище нормах КК України, не є, наприклад, невисокий ступінь суспільної небезпечності вчиненого діяння, або ж вчинення суспільно небезпечного діяння за обставин, які обумовлюють його суспільну корисність і відтак правомірність. 4. Кримінально-правовий імунітет має особливу правову та конкретну соціальну обумовленість, має функціональний характер – залежно від категорії суб'єктів кримінально-правових відносин, на яких поширюється імунітет, спрямований на підвищений правовий захист таких суб'єктів 5. Імунітети у кримінальному праві мають інтегральний зв'язок з відповідними міжнародно-правовими та кримінально-процесуальними імунітетами»². На нашу думку, основними ознаками кримінально-правового імунітету є те, що він поширюється винятково на певне коло осіб та є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності.

Актуальність нових правових імунітетів в умовах національного спротиву пов'язана насамперед з військовою агресією російської федерації проти України. Наприклад, питання бойового імунітету почало широко обговорюватися серед науковців після засудження (справа

¹ Уваров В.Г. Юридична природа кримінально-правових імунітетів. *Право.ua*. 2015. № 2. С. 68.

² Бахуринська О.О. Імунітет у кримінальному праві: проблеми визначення поняття та ознак. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2022. Вип. 5. С. 156.

загибелі 49 українських військовослужбовців у літаку Іл-76, який було збито 14 червня 2014 р. неподалік Луганська) 17 грудня 2015 р. Павлоградським міськрайонним судом генерал-майора Віктора Назарова за вчинення злочину, передбаченого ч. 4 ст. 425 КК України (недбале ставлення військової службової особи до служби, вчинене в бойовій обстановці, що призвело до тяжких наслідків). Таке судове рішення викликало негативну оцінку з боку авторитетних американських дипломатів і військових експертів: «Ні США, ні інші країни Заходу, які надають Україні військову підтримку, не дали б поводитися зі своїми командувачами так, як з генералом Назаровим. У час коли Росія продовжує війну на Донбасі, Україна має заохочувати бойовий дух та ініціативу військових. Судове переслідування генерала Назарова має зворотний ефект»¹. 21 травня 2021 року Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду виправдав В. Назарова, а справа проти нього була закрита в зв'язку з відсутністю в його діях складу кримінального правопорушення². Слід зауважити, що це судове рішення стало певним поштовхом для майбутнього наукового дослідження та запровадження в законодавстві правового інституту «бойовий імунітет».

Серед наукових заходів, які передували законодавчій реалізації цього правового інституту, слід відмітити проведений 14 грудня 2021 року круглий стіл на тему «Особливості відповідальності командирів. Бойовий імунітет як одна із гарантій захисту прав військовослужбовців»³. На цьому круглому столі експерти Центру оборонних стратегій за сприяння Національного фонду на підтримку демократії презентували відповідні законодавчі ініціативи. Зокрема, у законопроекті запропоновано надати визначення поняття «бойовий імунітет» у ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р.; запровадити принцип надання командуванню та військовослужбовцям імунітету від кримінальної відповідальності за наслідки

¹ Назарчук Ірина. «Справа генерала Назарова» і реакції експертів НАТО та США. Як реанімувати військову юстицію України? *Радіо Свобода*. 2023. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/sud-nazarov-reakciya-nato-viiskova-yustytsiya/31043436.html> (дата звернення: 05.08.2023).

² Верховний Суд постановив рішення у справі щодо В. Назарова. *Верховний Суд*. 2022. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1123699/> (дата звернення: 05.08.2023).

³ Особливості відповідальності командирів. «Бойовий імунітет» як одна із гарантій захисту прав військовослужбовців: Підсумки круглого столу від 14 грудня 2021 р., Київ. 14 с. URL: <https://defence.org.ua/wp-content/uploads/doslidzhennya/CDS-Osoblyvosti-vidpovidalnosti-komandyriv-ukr.pdf> (дата звернення: 05.08.2023).

застосування сили під час бойових дій, проведення бойових операцій тощо, понесених втрат особового складу, бойової техніки чи іншого військового майна, яких неможливо було передбачити при плануванні та уникнути при виконанні таких завдань у разі, якщо такі дії не були умисними злочинними діяннями, що мають характер воєнного злочину або злочину проти людяності, передбачивши відповідні приписи у ст. 425 КК України та інших нормативних актах¹. Серед позитивних моментів цих пропозицій є те, що: запропоновано поняття «бойовий імунітет», визначені умови його застосування, запропонована його правова регламентація в КК України. Серед недоліків, на нашу думку, слід виділити такі: бойовий імунітет визначено як принцип; у змінах до Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. та КК України визначається різний правовий статус бойового імунітету як вид звільнення від кримінальної відповідальності та як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння; бойовий імунітет у законопроекті реалізований у ст. 425 КК України, а не в Розділі VIII Загальної частини КК України; не визначена чітко основна умова (зміст діяння), яка дозволяє не притягувати до відповідальності за шкоду при бойовому імунітеті. Цей законопроект підготовлений експертами, хоча і не знайшов реалізацію в парламенті України, але вплинув на подальше нормативне закріплення бойового імунітету.

Лише широкомасштабна військова агресія РФ проти України змусила Верховну Раду України нарешті почати втілювати в життя вказані наукові розробки. Спочатку народні депутати України зареєстрували законопроект «Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (щодо кримінальної відповідальності осіб під час особливого періоду та в умовах надзвичайного стану)» від 13 березня 2022 р. № 7156². Цим законопроектом пропонувалося, зокрема, передбачити в КК України додаткові обставини, що виключають кримінальну відповідальність особи за шкоду, заподіяну при захисті України від збройної агресії (ст. 36–1

¹ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо бойового імунітету військовослужбовців». URL: [https://defence.org.ua/wp-content/uploads/doslidzhennya /CDS-Zapyska-ukr.pdf](https://defence.org.ua/wp-content/uploads/doslidzhennya/CDS-Zapyska-ukr.pdf) (дата звернення: 05.08.2023).

² Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (щодо кримінальної відповідальності осіб під час особливого періоду та в умовах надзвичайного стану): проект Закону України від 13 березня 2022 р. № 7156. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1245248> (дата звернення: 05.08.2023).

«Захист України від іноземної агресії» та ст. 36–2 «Бойовий імунітет» («Не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність військової службової особи при плануванні, санкціонуванні (дозволи) або здійсненні воєнної операції (бойових дій), якщо ця особа ухвалила рішення або здійснила воєнну операцію (бойові дії), необхідні для відсічі збройної агресії проти України, в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці чи під час участі у заходах, спрямованих на боротьбу з тероризмом, що спричинило загибель, поранення чи травмування військовослужбовця або іншої особи, втрату бойової техніки чи знищення або пошкодження іншого майна»)¹. Однак цей законопроект не був реалізований, оскільки Закон України від 15 березня 2022 р. № 2124-IX вже передбачив необхідні, на думку парламентарів, зміни до КК України та інших нормативних актів: у Розділі VIII КК України – ст. 43–1 «Виконання обов’язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України»; без внесення змін у КК України – новий вид звільнення від кримінальної відповідальності – бойовий імунітет (абз. 3 ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р.) та обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння (ч. 3 ст. 9 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 р.)².

Вказані новели, на перший погляд, можна віднести до кримінально-правових імунітетів³. Однак їх детальний аналіз дозволяє дійти іншого висновку. Принципова різниця між «бойовим імунітетом», «виконанням обов’язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України» та «вчинення діяння в умовах воєнного стану особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» полягає в наступному: перший визнає, що

¹ Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (щодо кримінальної відповідальності осіб під час особливого періоду та в умовах надзвичайного стану): проєкт Закону України від 13 березня 2022 р. № 7156. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1245248> (дата звернення: 05.08.2023).

² Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії режиму воєнного стану: Закон України від 15 березня 2022 р. № 2124-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20#top> (дата звернення: 05.08.2023).

³ Бегунц А. О. Нові кримінально-правові імунітети та їх вплив на кваліфікацію кримінальних правопорушень в умовах війни. *Проблеми кваліфікації та розслідування кримінальних правопорушень в умовах воєнного стану*: матеріали наук.-теорет. конф. (Київ, 26 трав. 2022 р.). Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 273–276.

вчинено кримінальне правопорушення, а інші – ні¹. Іншими відмінностями цих правових категорій є: різні суб'єкти, зміст діяння та його наслідки. Спільними ознаками для вказаних обставин є те, що вони мають одну мету (відсіч збройної агресії проти України або ліквідація збройного конфлікту), умови реалізації (воєнний стан) та єдине нормативне джерело виникнення. В теорії кримінального права за таким критерієм, як правові наслідки для відповідних суб'єктів, ці «правові імунітети» віднесені до обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння². Отже, зважаючи на визначення та ознаки кримінально-правового імунітету, слід дійти висновку, що бойовий імунітет найбільше відповідає вказаним ознакам. Тому, з одного боку, є логічним кроком законодавця віднесення бойового імунітету до видів звільнення від кримінальної відповідальності. З іншого боку, як було зазначено, бойовий імунітет має спільні ознаки з іншими обставинами, що дозволяє говорити саме про правомірну поведінку відповідних суб'єктів в умовах воєнного стану. На нашу думку, законодавець у певну міру став заручником використання зарубіжного терміну «бойовий імунітет», який включає слово імунітет, що має свої ознаки, які були визначені раніше. Слід зауважити, що використанню зарубіжних юридичних термінів у національному законодавстві повинно передувати дослідження певного явища (процесу) та формування обґрунтованих ознак (умов реалізації) певного поняття. Не дотримання цього правила призводить до викривлення змісту поняття та некоректного його провозастосування.

¹ Кузнецов В.В. Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 43–1 КК). *Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану*: наук.-практ. комент. / А.А. Вознюк та ін.; за ред. А.А. Вознюка, Р.О. Мовчана, В.В. Чернея. Київ: Норма права, 2022. С. 16–17.

² Кузнецов В.В. Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 43–1 КК). *Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану*: наук.-практ. комент. / А.А. Вознюк та ін.; за ред. А.А. Вознюка, Р.О. Мовчана, В.В. Чернея. Київ: Норма права, 2022. С. 16–17; Баулін Ю.В. Бойовий імунітет як обставина, що виключає кримінальну відповідальність. *Кримінально-правові й процесуальні відповіді на виклики воєнного стану в Україні*: матеріали круглого столу, проведеного в межах Днів науки на факультеті правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» (27 січня 2023 р.). Київ: НаУКМА, 2023. С. 19; Акімов М.О. Деякі проблеми кримінально-правової регламентації бойового імунітету та шляхи їх розв'язання. *Проблеми кваліфікації та розслідування кримінальних правопорушень в умовах воєнного стану*: матеріали наук.-теорет. конф. (Київ, 26 трав. 2022 р.). Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 15–19; Бегунц А.О. Кримінально-правова характеристика цивільного бойового імунітету. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія: Право. Вип. 72. Ч. 2. С. 120.

Отже, вважаємо вказані заохочувальні норми не можуть бути віднесені до правового інституту «кримінально-правовий імунітет». Використання в понятті «бойовий імунітет» слова імунітет не є індикатором віднесення його до вказаного правового інституту. Тому пропонуємо передбачити бойовий імунітет як нову обставину, що виключає протиправність діяння (через доповнення Розділу VIII КК України новою статтею 43–2 «Бойовий імунітет»). Відповідно до цього слід змінити редакцію абз. 3 ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. і вказати, що при бойовому імунітеті особа не притягається до відповідальності. Щодо закріплення в КК України нової обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння «Вчинення діяння в умовах воєнного стану особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», в теорії кримінального права є певна дискусія. Наприклад, автори проекту КК України вважають недоцільним її закріплення в кримінальному законодавстві.

Оскільки чинне законодавство відносить лише бойовий імунітет до кримінально-правових імунітетів, предметом цього дослідження стане саме ця правова категорія. На думку Ю.В. Бауліна, слід виділити наступні обставини, які спонукали запровадити бойовий імунітет у систему права України: 1) багаточисельні факти спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам при застосуванні збройної чи іншої сили; 2) побоювання військових та інших осіб щодо кримінальної та іншої юридичної відповідальності за певну шкоду; 3) складність планування бойових дій в умовах обмеженої інформації та стислих строків для прийняття рішення, а також нерідко наявність необхідності в умовах бойової обстановки військовослужбовцю проявляти ініціативу і ухвалювати невідкладні рішення для виконання бойового завдання; 4) дії військовослужбовця у стані бойового імунітету межують з низкою військових злочинів¹.

На відміну від України питання бойового імунітету не є новим для законодавства та судової практики провідних країн світу. Так, наприклад, відомі позови у трьох справах проти Міністерства оборони Великої Британії, які виникли внаслідок військових операцій в Іраку,

¹ Баулін Ю.В. Бойовий імунітет як обставина, що виключає кримінальну відповідальність. *Кримінально-правові й процесуальні відповіді на виклики воєнного стану в Україні: матеріали круглого столу, проведеного в межах Днів науки на факультеті правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»* (27 січня 2023 р.). Київ: НАУКМА, 2023. С. 17.

під час яких солдати загинули або отримали серйозні поранення: Сміт проти Міністерства оборони Великої Британії, Елліс проти Міністерства оборони Великої Британії, Олбутт проти Міністерства оборони Великої Британії¹.

Британська кримінально-правова доктрина визначає, що держава та її представники (військовослужбовці) користуються так званим «бойовим імунітетом», який є захистом від відповідальності за недбалість під час збройного конфлікту, який ґрунтується, як правило, на такому принципі, що було б несправедливо та нерозумно притягати до відповідальності за прийняті рішення або помилки, допущені в умовах активного бою. Однак аналіз британської судової практики дозволяє говорити про різний зміст «бойового імунітету»². Разом з тим, спеціальний радник з питань оборони Великої Британії Мартін Моллой (Martin Molloy) зазначив, що «Велика Британія на законодавчому рівні ще не змогла врегулювати це питання щодо військовослужбовців, які виконують обов'язки на території держави, у тому числі через наявний внутрішній конфлікт на території Північної Ірландії»³.

Наприклад, в одній справі стверджується, що діяльність Міністерства оборони Великої Британії є недбалою щодо незабезпечення відповідним військовим обладнанням військовослужбовців, яке могло запобігти їх пораненням і загибелі; в іншій – завдана шкода військовослужбовцям стала результатом так званого «дружнього вогню» («помилково ворожого»)⁴.

Австрійська юридична фірма Slater & Gordon Lawyers наполягає на тому, що «на Міністерство оборони не можна подавати до суду, якщо командир робить помилку в запалі бою». Також бойовий імунітет не обмежується лише ситуаціями, пов'язаними з присутністю

¹ United Kingdom Supreme Court. Smith & Ors v The Ministry of Defence. [2013]. UKSC41 (19 June 2013). URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2013/41.html> (дата звернення: 05.08.2023).

² United Kingdom Supreme Court. Smith & Ors v The Ministry of Defence. [2013]. UKSC41 (19 June 2013). URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2013/41.html> (дата звернення: 05.08.2023).

³ Особливості відповідальності командирів. «Бойовий імунітет» як одна із гарантій захисту прав військовослужбовців: Підсумки круглого столу від 14 грудня 2021 р., м.Київ. С. 11. URL: <https://defence.org.ua/wp-content/uploads/doslidzhennya/CDS-Osoblyvosti-vidpovidalnosti-komandyriv-ukr.pdf> (дата звернення: 05.08.2023).

⁴ United Kingdom Supreme Court. Smith & Ors v The Ministry of Defence. [2013]. UKSC41 (19 June 2013). URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2013/41.html> (дата звернення: 05.08.2023).

противника, а й «поширюється на всі операції проти противника, коли збройні сили піддаються нападу або загрозі нападу, включаючи планування та підготовку до бою»¹.

Вказані положення свідчать про те, що зарубіжний досвід цікавий, але перед його вивченням слід детально проаналізувати вітчизняні особливості правової регламентації бойового імунітету. Розгляд та удосконалення правової регламентації бойового імунітету неможливі без урахування положень проекту КК України. Ми підтримуємо запровадження в проєкті КК України такої обставини, що виключає протиправність діяння, як бойовий імунітет (ст. 2.9.11.). Слід відмітити, що умови реалізації бойового імунітету в Законі України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. та в проєкті КК України мають певні відмінності. Наприклад, спочатку в ст. 2.9.11. проєкту КК України станом на 30 грудня 2022 р. визначалися такі суб'єкти бойового імунітету: військова службова особа чи інший військовослужбовець, доброволець Сил територіальної оборони Збройних Сил (ЗС) України, працівник правоохоронного органу². Інша редакція проєкту КК України станом на 30 січня 2023 р. передбачала більш вузьке коло суб'єктів бойового імунітету: військовослужбовець чи працівник правоохоронного органу (ст. 2.9.11.)³. Остання редакція проєкту КК України станом на 22 травня 2023 р. передбачає лише військовослужбовця як суб'єкта бойового імунітету⁴. Порівняємо такі умови реалізації бойового імунітету за чинним законодавством та проєктом КК України у різних редакціях.

У попередніх дослідженнях вже визначали наступні умови реалізації бойового імунітету: 1) особливий суб'єкт; 2) виконання певного обов'язку для громадян України (ст. 65 Конституції України) та іно-

¹ Поліщук В. Бойовий імунітет звільняє від кримінального переслідування за умов дотримання правил ведення війни. *Інформаційне агентство АрміяІнформ*. 2022. URL: <https://armyinform.com.ua/2022/05/05/bojovyyj-imunitet-zvilnyaye-vid-kryminalnogo-peresliduvannya-za-umov-dotrymannya-pravyl-vedennya-vijny/> (дата звернення: 05.08.2023).

² Кримінальний кодекс України: проєкт станом на 30.12.2022. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/12/30/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-30-12-2022.pdf> (дата звернення: 05.08.2023).

³ Кримінальний кодекс України: проєкт станом на 30.01.2023. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/01/30/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-standom-na-30-01-2023.pdf> (дата звернення: 05.08.2023).

⁴ Кримінальний кодекс України: проєкт станом на 22.05.2023. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/22/05/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-standom-na-22-05-2023.pdf> (дата звернення: 05.08.2023).

земців щодо участі в обороні України чи реалізація права цивільних осіб (громадян України, іноземців та осіб без громадянства) щодо відсічі та стримування збройної агресії РФ та/або інших держав; 3) зміст (характер) дій; 4) період реалізації; 5) наслідки вчинення дій¹. Ці умови дозволяють звільнити особу від юридичної (у тому числі кримінальної) відповідальності.

Ю.В. Баулін виділяє наступні підстави та ознаки діяння військовослужбовця та інших осіб в умовах бойового імунітету: «1) Підстава – збройна агресія проти України або збройний конфлікт на території України. 2) Ознаки діяння: суб'єкт.... Об'єкт – життя та здоров'я особового складу Об'єктивна сторона – планування або виконання дій (завдань) Наслідки – втрата особового складу Суб'єктивний контроль: 1) неможливість передбачення зазначених наслідків з урахуванням розумної обачливості при плануванні чи виконанні дій (завдань); 2) спричинені наслідки охоплюються виправданим ризиком, тобто: а) поставлену мету не можна було досягти в цій обстановці діянням, не поєднаним з ризиком; б) особа обгрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам»². Така класифікація підстав та ознак є теоретично важливою та потребує додаткового наукового дослідження.

Однак, виходячи з логіки попереднього наукового пошуку, у проєкті КК України, на нашу думку, сформульовані такі умови реалізації бойового імунітету: 1) особливий суб'єкт (військовослужбовець); 2) зміст діяння (рішення приймається про здійснення воєнної операції (бойових дій) або здійснення такої операції (бойових дій) відповідно до повноважень суб'єкта та на підставі отриманої інформації); 3) період (обстановка) реалізації (в умовах воєнного стану, збройної агресії, ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту; при плануванні, санкціонуванні або здійсненні воєнної операції (бойових дій)); 4) мета

¹ Кузнецов В.В. Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 43–1 КК). *Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану*: наук.-практ. комент. / А.А. Вознюк та ін.; за ред. А.А. Вознюка, Р.О. Мовчана, В.В. Чернея. Київ: Норма права, 2022. С. 30–31.

² Баулін Ю.В. Бойовий імунітет як обставина, що виключає кримінальну відповідальність. *Кримінально-правові й процесуальні відповіді на виклики воєнного стану в Україні*: матеріали круглого столу, проведеного в межах Днів науки на факультеті правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» (27 січня 2023 р.). Київ: НАУКМА, 2023. С. 19–20.

(для відсічі збройної агресії проти України чи ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту; 5) наслідки вчинення діяння (спричинення будь-якої шкоди, за винятком шкоди, яка завдана під час умисного вчинення злочину проти людяності, злочину геноциду чи воєнного злочину). Ці умови, оскільки вони передбачені у Розділі 2.9. «Обставини, що виключають протиправність діяння» проекту КК України, визначають бойовий імунітет як правомірне діяння, отже кримінальна відповідальність взагалі виключається.

Розгляд вказаних умов розпочнемо з дослідження суб'єктів бойового імунітету. Згідно з абз. 3 ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. визначені такі категорії суб'єктів бойового імунітету¹:

– *військове командування*. Згідно з абз. 16 ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. до нього відноситься Головнокомандувач ЗС України, Командувач об'єднаних сил ЗС України, командувачі видів та окремих родів військ (сил) ЗС України, командувачі (начальники) органів військового управління, командири з'єднань, військових частин ЗС України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань. У проекті КК України безпосередньо не згадується така категорія суб'єкта бойового імунітету. На нашу думку, це є логічним кроком авторів проекту КК України, оскільки інша категорія «військовослужбовці» цілком охоплює категорію «військове командування»²;

– *військовослужбовці*. До такої категорії суб'єктів відносяться військовослужбовці Служби зовнішньої розвідки України, Служби безпеки України, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, Національної гвардії України, Державної прикордонної служби України, Державної спеціальної служби транспорту, Управління державної охорони України, інших утворених відповідно до законів України військових формувань, органів спеціального призначення з правоохоронними функціями (ч. 4 Вступу до Закону України «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України» від 24 березня

¹ Про оборону України: Закон України від 6 грудня 1991 р. № 1932-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12#Text> (дата звернення: 05.08.2023).

² Кузнецов В.В. Визначення суб'єкта бойового імунітету при реформуванні кримінального законодавства України. *Кримінально-правові й процесуальні відповіді на виклики воєнного стану в Україні*: матеріали круглого столу, проведеного в межах Днів науки на факультеті правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» (27 січня 2023 р.). Київ: НаУКМА, 2023. С. 30.

1999 р.)¹. Одним з елементів правового статусу такого військовослужбовця є громадянство. Насамперед це громадяни України, для яких військовий обов'язок є конституційним обов'язком. Також військовослужбовцями можуть бути іноземці й особи без громадянства (згідно з частинами 1, 2 ст. 2 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25 березня 1992 р.; згідно з ч. 5 ст. 9 Закону України «Про Національну гвардію України» від 13 березня 2014 р.; згідно з ч. 5 ст. 5 Закону України «Про Державну спеціальну службу транспорту» від 5 лютого 2004 р). Відповідно до частини 19 ст. 4 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22 вересня 2011 р. «іноземці та особи без громадянства, які в установленому порядку уклали контракт про проходження військової служби у ЗС України, Державній спеціальній службі транспорту, Національній гвардії України, вважаються такими, які на законних підставах тимчасово проживають на території України на період дії контракту про проходження військової служби у ЗС України, Державній спеціальній службі транспорту, Національній гвардії України»²;

– *поліцейські поліції особливого призначення Національної поліції України*. Така категорія суб'єктів з'явилася в понятті бойового імунітету після внесення змін Законом України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законів України щодо врегулювання окремих питань діяльності Національної поліції України під час дії воєнного стану» від 21 березня 2023 р. до абз. 3 ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р.³ Така пропозиція викликала певну дискусію серед фахівців, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р. «Національна поліція України (поліція) – це центральний орган виконавчої влади, який служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав

¹ Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України: Закон України від 24 березня 1999 р. № 548-XIV. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/548-14> (дата звернення: 05.08.2023).

² Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства: Закон України від 22 вересня 2011 р. № 3773-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3773-17#Text> (дата звернення: 05.08.2023).

³ Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законів України щодо врегулювання окремих питань діяльності Національної поліції України під час дії воєнного стану: Закон України від 21 березня 2023 р. № 3000-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3000-20#Text> (дата звернення: 05.08.2023).

і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку»¹. Отже, поліція є правоохоронним органом і бойовий імунітет вже поширюється на поліцейських, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України² (така категорія передбачена в понятті бойового імунітету й буде розглянута далі). Тому вважаємо, що вказані зміни є недоцільними і слід виключити таку категорію суб'єкта з нормативного поняття «бойовий імунітет»;

– *добровольці Сил територіальної оборони ЗС України*. Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про основи національного спротиву» від 16 липня 2021 р. добровольцем Сил територіальної оборони ЗС України є «громадянин України або іноземець чи особа без громадянства, який перебуває в Україні на законних підставах впродовж останніх п'яти років та на добровільній основі зарахований до проходження служби у складі добровольчого формування Сил територіальної оборони Збройних Сил України»³. Таке формулювання видається доволі дискусійним.

По-перше, встановлення для осіб без громадянства особливої умови (особа повинна перебувати в Україні на законних підставах впродовж останніх п'яти років) не відповідає Положенню про проходження військової служби у Збройних Силах України іноземцями та особами без громадянства, яке затверджено Указом Президента України від 10 червня 2016 р. № 248/2016. Цікаво, що в згаданому нормативно-правовому акті визначені особливості проходження військової служби саме іноземців, а про осіб без громадянства згадується фактично лише в назві документа⁴. На нашу думку, це потребує відповідних змін у нормативному акті.

¹ Про національну поліцію: Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/580-19> (дата звернення: 05.08.2023).

² Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проєкт Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та інших законів України щодо врегулювання окремих питань діяльності Національної поліції України під час дії воєнного стану» від 13 березня 2023 р. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1688777> (дата звернення: 05.08.2023).

³ Про основи національного спротиву: Закон України від 16 липня 2021 р. № 1702-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-20#Text> (дата звернення: 05.08.2023).

⁴ Кузнецов В.В. Визначення суб'єкта бойового імунітету при реформуванні кримінального законодавства України. *Кримінально-правові й процесуальні відповіді на виклики воєнного стану в Україні*: матеріали круглого столу, проведеного в межах Днів науки на факультеті правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» (27 січня 2023 р.). Київ: НаУКМА, 2023. С. 31.

По-друге, потребує уточнення назва підрозділу, в якому служить доброволець. Так, згідно з ч. 1 ст. 4 Закону України «Про основи національного спротиву» від 16 липня 2021 р. територіальна оборона складається з військової, цивільної та військово-цивільної складових. До військової складової територіальної оборони відносяться, зокрема, військові частини Сил територіальної оборони ЗС України (ч. 2 ст. 4 вказаного Закону України). До Сил територіальної оборони ЗС України належать: 1) Командування Сил територіальної оборони ЗС України; 2) регіональні органи військового управління Сил територіальної оборони ЗС України; 3) бригади Сил територіальної оборони ЗС України; 4) батальйони зі складу бригад Сил територіальної оборони ЗС України. До військово-цивільної складової територіальної оборони відносяться, зокрема, добровольчі формування територіальних громад, які залучаються до територіальної оборони (ч. 4 ст. 4 вказаного Закону України)¹. Отже, коли законодавець згадує добровольця саме Сил територіальної оборони ЗС України, то він має на увазі, що це представник військової складової територіальної оборони. Однак, визначаючи це поняття, законодавець вказує на добровольче формування Сил територіальної оборони ЗС України (вже в цьому є неточність, оскільки коректно називати це добровольчим формуванням територіальних громад), тобто відносить таких добровольців до представників військово-цивільної складової територіальної оборони. Тому пропонуємо пункт 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про основи національного спротиву» від 16 липня 2021 р. викласти у такій редакції: «Член добровольчого формування територіальної громади – громадянин України або іноземець чи особа без громадянства, який перебуває в Україні на законних підставах та на добровільній основі зарахований до проходження служби у складі добровольчого формування територіальної громади».

На нашу думку, виділення такої категорії суб'єктів бойового імунітету є дискусійним. Наприклад, автори проєкту КК України в останніх редакціях взагалі відмовляються від такої категорії. Це обумовлено, очевидно, тим, що такі особи не військовослужбовці. Ми підтримуємо ідею, що суб'єктами бойового імунітету не повинні бути особи, які не мають професійних обов'язків щодо захисту України. З одного боку, це логічна гіпотеза. З іншого – є обов'язок таких осіб захища-

¹ Про основи національного спротиву: Закон України від 16 липня 2021 р. № 1702-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-20#Text> (дата звернення: 06.08.2023).

ти України, оскільки згідно з абз. 2 ч. 3 ст. 9 Закону України «Про основи національного спротиву» від 16 липня 2021 р. під час участі у підготовці та виконанні завдань територіальної оборони на них поширюється дія статутів ЗС України. Отже, такі особи мають, на нашу думку, нечітко визначений правовий статус, обумовлений відсутністю відповідних змін, зокрема до Закону України «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України» від 24 березня 1999 р. Пригадаємо суспільно резонансний юридичний факт, що обумовлений змінами від 3 травня 2022 р. до Закону України «Про основи національного спротиву» від 16 липня 2021 р., а саме частину другу ст. 8 було доповнено новими абзацами: «У разі введення в Україні або в окремих її місцевостях воєнного стану всі добровольчі формування територіальних громад переходять в оперативне підпорядкування командирів відповідних військових частин Сил територіальної оборони ЗС України»; «На час дії воєнного стану за рішенням Головнокомандувача ЗС України добровольчі формування територіальних громад повністю або частково можуть залучатися до виконання завдань територіальної оборони поза межами визначеної зони територіальної оборони, а також направлятися до районів ведення воєнних (бойових) дій»¹. Після цих нормативних змін стало зрозуміло, що добровольчі формування територіальних громад стають фактично підрозділами ЗС України. До чіткого визначення їх правового статусу може бути два варіанти щодо нормативного закріплення таких осіб як суб'єктів бойового імунітету: 1) залишення таких осіб як суб'єктів бойового імунітету, але з уточненням їх статусу – член добровольчого формування територіальної громади; 2) виключення такої категорії осіб, але уточнення категорії «військовослужбовець» наступною редакцією – «військовослужбовець та прирівняна законом до неї особа»²;

– *працівники правоохоронних органів*, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України. Як відомо, до праців-

¹ Про внесення змін до Закону України «Про основи національного спротиву» щодо надання можливості територіальній обороні виконувати завдання в районах ведення воєнних (бойових) дій: Закон України від 3 травня 2022 р. № 2237-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2237-20#n2> (дата звернення: 06.08.2023).

² Кузнецов В.В. Визначення суб'єкта бойового імунітету при реформуванні кримінального законодавства України. *Кримінально-правові й процесуальні відповіді на виклики воєнного стану в Україні*: матеріали круглого столу, проведеного в межах Днів науки на факультеті правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» (27 січня 2023 р.). Київ: НАУКМА, 2023. С. 33.

ників правоохоронних органів слід відносити представників: органів прокуратури, Національної поліції, Служби безпеки, Військової служби правопорядку в ЗС України, Національного антикорупційного бюро України, органів охорони державного кордону, органів доходів і зборів, органів й установ виконання покарань, слідчих ізоляторів, органів державного фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони, інших органів, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції (ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 р.)¹. Вказівка законодавця на участь працівника в обороні України є зайвою, оскільки в понятті бойового імунітету згадується період та мета, за якої реалізується імунітет, що дозволяють визначити ці повноваження. В останній редакції проєкту КК України автори відмовилися від такої категорії суб'єкта бойового імунітету². На нашу думку, така позиція є дискусійною, оскільки працівники правоохоронних органів реально залучаються до відсічі збройної агресії проти України і повинні мати підстави для виключення протиправності їх дій при дотриманні певних умов;

– *цивільні особи* визначені Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 3 березня 2022 р. До них слід віднести громадян України, а також іноземців та осіб без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України – ст. 1 Закону України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 3 березня 2022 р.³.

Наявність юридичного обов'язку щодо відсічі та стримування збройної агресії рф та/або інших держав.

З одного боку, цей обов'язок щодо участі в обороні України має різну правову природу: виконання конституційного обов'язку для громадян України (ст. 65 Конституції України передбачає обов'язком громадян України захист Вітчизни, незалежності та територіальної ціліс-

¹ Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3781-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3781-12#Text> (дата звернення: 06.08.2023).

² Кримінальний кодекс України: проєкт станом на 22.05.2023. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/22/05/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-standom-na-22-05-2023.pdf> (дата звернення: 06.08.2023).

³ Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України: Закон України від 3 березня 2022 р. № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20#Text> (дата звернення: 06.08.2023).

ності України, шанування її державних символів), який реалізується через відповідні нормативно-правові акти (закони України «Про оборону», «Про військовий обов'язок і військову службу» та ін.) та законодавчого – для іноземців й осіб без громадянства (який передбачає: «...свято і непорушно додержуватися Конституції України та законів України, Військової присяги, віддано служити Українському народові, сумлінно і чесно виконувати військовий обов'язок – абз. 2 ст. 11 Закону України «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України»)¹.

З іншого боку, цей обов'язок трансформується фактично в право цивільних осіб (громадян України, іноземців та осіб без громадянства) щодо відсічі та стримування збройної агресії рф та/або інших держав (згідно з законами України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» та «Про основи національного спротиву»). Подібну позицію займає й Ю. А. Пономаренко, який вважає, що «загальний для всіх громадян обов'язок захищати Вітчизну, лише для окремих з них (військовослужбовців, військовозобов'язаних, резервістів тощо) є обов'язком щодо її оборони зі зброєю в руках. Для інших же громадян, а тим паче – для іноземців і осіб без громадянства – є суб'єктивне право заподіювати ворогові шкоду»².

Не можна погодитися з тим, що бойовий імунітет фактично поширюється на цивільних осіб, які реалізують власне право щодо відсічі та стримування збройної агресії рф та/або інших держав. На нашу думку, щодо таких осіб повинен поширюватися «імунітет», передбачений ст. 43–1 КК України, оскільки ці «імунітети» повинні мати різні умови реалізації. Бойовий імунітет повинен бути пов'язаний з обов'язком захищати Українську державу, її незалежність та територіальну цілісність (обов'язок військової служби для іноземців та осіб без громадянства та військовий обов'язок для громадян України).

Характер діяння – застосування збройної та іншої сили, виконання інших завдань з оборони України із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння), крім випадків порушення законів та звичаїв війни

¹ Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України: Закон України від 24 березня 1999 р. № 548–XIV. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/548-14> (дата звернення: 06.08.2023).

² Пономаренко Ю. А. Новелізація положень КК щодо обставин, які виключають кримінальне правопорушення в умовах воєного стану. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2022. № 1(17). С. 5. URL: <http://vapk.nlu.edu.ua/article/view/256785> (дата звернення: 06.08.2023).

або застосування збройної сили, визначених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Таке формулювання змісту бойового імунітету не дозволяє чітко ідентифікувати відповідні ознаки. Чинне законодавство не передбачає такі поняття, як «застосування збройної та іншої сили», «виконання інших завдань з оборони України», «зброя». Пригадаємо, що наказ Центрального управління Служби безпеки України «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю» від 23 грудня 2020 р. № 383 термін «озброєння» визначає як «озброєння стрілецьке та артилерійське, системи (комплекси) ракетні і ракетно-космічні, керовані (некеровані) ракети та їх складові частини, комплекси (установки) для їх запуску та складові одиниці до них, засоби керування зброєю (вогнем), системи дистанційного керування ракетами, обладнання для транспортування і обслуговування ракет, апарати торпедні та бомбомети для глибинних бомб» (абз. 109 п. 2 розділу I)¹. На сьогодні не існує нормативного акту, який би визначав поняття «зброя», її класифікацію тощо. Як відомо, існують численні законопроекти щодо правового регулювання саме вогнепальної зброї в Україні (наприклад, слід пригадати проект Закону України «Про право на цивільну вогнепальну зброю» (№ 5708 від 25 червня 2021 р.), який Верховна Рада України 23 лютого 2022 р. прийняла у першому читанні). На нашу думку, терміни «зброя» та «озброєння» не є синонімами. Зокрема, як відомо, зброя може поділятися на вогнепальну та холодну. Однак холодна зброя очевидно не охоплюється вказаним поняттям «озброєння».

Також є питання до умови, яка виключає правомірність бойового імунітету. Можна погодитися з тією частиною цієї умови, яка вказує на порушення законів та звичаїв війни. Однак наступна частина умови – застосування збройної сили, на нашу думку, не відповідає традиційній класифікації міжнародних злочинів. Як відомо, Римський статут – установчий документ Міжнародного кримінального суду – визначає чотири основні категорії міжнародних злочинів: злочини проти людяності, військові злочини, геноцид та злочин агресії².

¹ Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю: наказ Центрального управління Служби безпеки України від 23 грудня 2020 р. № 383. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0052-21#Text> (дата звернення: 06.08.2023).

² Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду від 17 липня 1998 р. Офіційний переклад. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text (дата звернення: 06.08.2023).

Цікаво, що в проєкті КК України фактично врахований цей перелік у ч. 2 ст. 2.9.11., хоча й без злочину агресії. До ратифікації Верховною Радою України Римського статуту та внесення відповідних змін, зокрема до КК України, вважаємо, слід використовувати той перелік міжнародних злочинів, який передбачений чинним кримінальним законодавством (ч. 2 ст. 437 «Ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій», ст. 438 «Порушення законів та звичаїв війни», ст. 439 «Застосування зброї масового знищення», ст. 441 «Екоцид», ст. 442 «Геноцид», ст. 444 «Злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист»).

Про важливість такої умови свідчить відома справа щодо «Боїнга» МН-17, збитого російським «Буком» над окупованою територією Донецької області 17 липня 2014 року. Як відомо, 17 листопада 2022 року судова колегія Гаазького окружного суду визнала Ігоря Гірка, Сергія Дубінського та Леоніда Харченка винними в застосуванні зброї, внаслідок чого було знищено літак Малайзійських авіаліній і вбито 298 людей. Адвокати підозрюваних у збитті літака клопотали щодо застосування щодо них бойового імунітету, але їм було відмовлено. Серед причин відмови: відсутність міжнародного збройного конфлікту, в якому було б зрозуміло, до якої зі сторін належать бійці, й недотримання норм міжнародного військового права¹. Отже дотримання норм міжнародного гуманітарного права є важливою умовою для реалізації бойового імунітету.

Порівняємо вказані положення, які стосуються змісту діяння, з частиною першою ст. 2.9.11 проєкту КК України, в якій зміст діяння передбачений наступним чином: «... на підставі отриманої інформації та відповідно до своїх повноважень, – прийняв рішення про здійснення воєнної операції (бойових дій) або здійснив таку операцію (бойові дії), необхідну для відсічі збройної агресії проти України, ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту»².

По-перше, обов'язковою ознакою діяння є його законність, оскільки суб'єкт бойового імунітету повинен приймати рішення від-

¹ Поліщук В. Бойовий імунітет звільняє від кримінального переслідування за умов дотримання правил ведення війни. *Інформаційне агентство АрміяInfor*: 2022. URL: <https://armyinform.com.ua/2022/05/05/bojovyj-imunitet-zvilnyaye-vid-kryminalnogo-peresliduvannya-za-umov-dotrymannya-pravy-l-vedennya-vijny/>

² Кримінальний кодекс України: проєкт станом на 22.05.2023. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/22/05/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-standom-na-22-05-2023.pdf> (дата звернення: 06.08.2023).

повідно до своїх повноважень, що не передбачено в чинному Законі України «Про оборону» від 6 грудня 1991 р. Виникає питання, а чи може відповідна особа приймати рішення необхідні для відсічі збройної агресії проти України, якщо у неї не має відповідних повноважень? На нашу думку, це можливо. Наприклад, відома ситуація з генерал-майором С.Г. Кривоносом, який розповів, що «після 25 лютого 2022 р. і спроби висадки десанту в аеропорту Гостомеля поїхав ознайомитися з ситуацією в аеропорту Жуляни. За його словами, були відсутні як відповідальні за оборону, так і засоби оборони. Після цього він повідомив про ситуацію головнокомандувачу ЗС України Валерію Залужному та, за його словами, отримав усний наказ взяти під командування оборону аеропорту. Генерал-майор запевняє, що керівництво підтвердило усі його дії, а 13 березня 2022 р. його знову зарахували на військову службу та призначили керівником оборони аеропорту Київ (Жуляни) ім. Сікорського»¹. За цими даними стає зрозуміло, що 25 лютого 2022 року С.Г. Кривонос не мав достатньо законних повноважень щодо оборони аеропорту, які виникли лише 13 березня 2023 року. Отже, сучасні умови російсько-української війни потребували (потребують) від громадян швидких та неординарних вчинків, які за браком часу не завжди були законні. Однак без таких вчинків сили оборони не досягли б численних успіхів над агресором, зокрема у битві за нашу столицю – Київ. Тому від такої умови, на нашу думку, слід відмовитися у проєкті КК України.

По-друге, бойовий імунітет, передбачений чинним законодавством, вчиняється шляхом дії. Про це свідчить буквально тлумачення цього терміну і також використане в понятті словосполучення «виконанні таких дій (завдань)». У проєкті КК України фактично допускається можливість бездіяльності при застосуванні бойового імунітету («діяння військовослужбовця», «прийняв рішення... або здійснив таку операцію...»). На нашу думку, у переважній більшості випадків бойовий імунітет може бути реалізований при вчиненні активної волевої поведінки. Однак можливі ситуації, коли вчинення певних дій (проведення воєнної операції) може призвести ще й до більших втрат особового складу. Наприклад, коли Маріуполь у березні 2022 року потрапив в оточення ворога, наше військове командування планува-

¹ Генерал Кривонос заявив, що «проти нього відкрили справу за оборону Жуляни». Що відомо. *BBC News Україна*. 2022. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/news-62712911> (дата звернення: 06.08.2023).

ло деблокаду міста. Однак недостатність сил та засобів для наступу на Маріуполь не дозволила здійснити таку воєнну операцію (хоча певні спроби зробити це були)¹. Отже невжиття успішних заходів щодо визволення з оточення наших представників сил оборони та безпеки з Маріуполя можна оцінити як певну бездіяльність військового командування. Тому вважаємо цілком правильним положення проекту КК **України**, які дозволяють застосувати бойовий імунітет й через бездіяльність.

По-третє, у проекті КК України згадується термін «воєнна операція». Застосування такої термінології, на нашу думку, обумовлене оголошенням воєнного стану (війни). Хоча реалізація бойового імунітету не повинна обмежуватися воєнним станом (наприклад, з 30 квітня 2018 р. до 24 лютого 2022 р. в Україні проводилася операція Об'єднаних сил). У військовій літературі використовується інший термін «військова операція»². Не можна погодитися з використанням в окремих варіантах проекту КК України як синонімів таких термінів «воєнна операція» та «бойові дії», «антитерористична операція» та «бойові дії»³. До речі, Закон України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. у ст. 1 використовує термін «воєнні дії» («організоване застосування сил оборони та сил безпеки для виконання завдань з оборони України»), який відрізняється від іншого – «бойові дії» («форма застосування з'єднань, військових частин, підрозділів (інших сил і засобів) Збройних Сил України, інших складових сил оборони для вирішення бойових (спеціальних) завдань в операціях або самостійно під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, виконання інших завдань із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння)»)⁴. Вважаємо доцільним використати термін «бойові дії» у проекті КК України.

¹ Прорив, полон чи оборона: яка ситуація із українськими бійцями у Маріуполі? *Radio Свобода*, 2023. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/mariupol-blokada-protyv-azov/31803214.html> (дата звернення: 06.08.2023).

² Калашніков Є.М. Операція військова. *Енциклопедія Сучасної України*. Редкол.: І.М. Дзюба та ін.; НАН України, НТШ. Київ: Інститут енциклопедичних досліджень НАН України, 2022. URL: <https://esu.com.ua/article-7555> (дата звернення: 06.08.2023).

³ Кримінальний кодекс України: проект станом на 30.01.2023. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/01/30/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-stanom-na-30-01-2023.pdf> (дата звернення: 06.08.2023).

⁴ Про оборону України: Закон України від 6 грудня 1991 р. № 1932-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12#Text> (дата звернення: 06.08.2023).

По-четверте, у проєкті КК України визначена як окрема умова правомірності бойового імунітету – мета (для відсічі збройної агресії проти України чи ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту). Така умова, на нашу думку, є зайвою, оскільки сам зміст діянь передбачає їх спрямованість на вирішення поставлених завдань.

По-п'яте, достатньо важливою, але й дискусійною є ознака діяння, що воно вчиняється за отриманою інформацією. В чинному нормативному понятті бойового імунітету ця ознака відноситься до наслідків й тому буде розглянута далі. Під час правозастосування важливо оцінити, яка інформація отримана відповідним суб'єктом, її достовірність, повнота, оскільки все це в комплексі може впливати на ефективність прийняття рішення певним суб'єктом. На думку Мартіна Моллоя (Martin Molloy): «Командир може нести відповідальність за прийняті рішення лише з урахуванням конкретної обстановки, відповідних умов та на підставі тієї інформації, якою від оперував на час прийняття рішення»¹. Під час бойових дій трапляються ситуації, коли командир виконує наказ вищого військового керівництва, але при цьому його підлеглий може надати іншу інформацію, яка нівелює необхідність такого наказу (наприклад, захоплення противником певних позицій, що ставить під загрозу безумовне знищення підрозділу при виконанні наказу – зайняття цих позицій) за наявною та достатньою, на його думку, інформацією. Отже виникає питання щодо можливості впливу інших осіб на процес прийняття та безпосереднього виконання наказу щодо здійснення бойових дій. Зважаючи на зовнішньополітичний вектор України (набуття членства в НАТО), важливо врахувати військовий досвід провідних країн світу. Наприклад, вище командування підрозділів НАТО мають радників з юридичних та політичних питань, які не підпорядковуються командирам, є незалежними експертами та надають професійні поради через відсутність пов'язаних відносин підлеглості². У разі прийняття командиром рішення, яке виходить за межі його повноважень, радники зобов'язані

¹ Особливості відповідальності командирів. «Бойовий імунітет» як одна із гарантій захисту прав військовослужбовців: Підсумки круглого столу від 14 грудня 2021 р. Київ. С. 10. URL: <https://defence.org.ua/wp-content/uploads/doslidzhennya/CDS-Osoblyvosti-vidpovidalnosti-komandyriv-ukr.pdf> (дата звернення: 06.08.2023).

² Особливості відповідальності командирів. «Бойовий імунітет» як одна із гарантій захисту прав військовослужбовців: Підсумки круглого столу від 14 грудня 2021 р. Київ. С. 10. URL: <https://defence.org.ua/wp-content/uploads/doslidzhennya/CDS-Osoblyvosti-vidpovidalnosti-komandyriv-ukr.pdf> (дата звернення: 06.08.2023).

про це повідомляти командира. Проте остаточне рішення приймається винятково командиром, оскільки це його відповідальність, а радники можуть не володіти розвідувальною інформацією, розвитком конкретної бойової обстановки тощо¹.

Період реалізації бойового імунітету відбувається під час: 1) відсічі збройної агресії проти України; 2) ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту; 3) виконання інших завдань з оборони України. Визначення такого періоду реалізації бойового імунітету цілком відповідає чинному законодавству. Зокрема Постанові Верховної Ради України «Про Заяву Верховної Ради України «Про відсіч збройній агресії Російської Федерації та подолання її наслідків» від 21 квітня 2015 р. № 337-VIII та Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. № 1932-XII.

У проєкті КК України обстановка бойового імунітету передбачає наступні умови: 1) воєнного стану; 2) збройної агресії; 3) ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту; 4) воєнної операції (бойових дій)². Ми бачимо розширення в проєкті КК України таких темпоральних обставин реалізації бойового імунітету. Вважаємо недоцільним фактичне дублювання окремих обставин. Наприклад, термін «воєнна операція» (бойові дії) цілком охоплюється першими трьома обставинами. Отже, на нашу думку, перелік темпоральних обставин реалізації бойового імунітету більш точний у чинному законодавстві, але можливе перспективне його розширення за рахунок участі у заходах, спрямованих на боротьбу з тероризмом (це було передбачено в ст. 2.9.11. проєкту КК України станом на 30.01.2023³).

Наслідки вчинення діяння – втрати особового складу, бойової техніки чи іншого військового майна, інші наслідки застосування збройної та іншої сили, настання яких з урахуванням розумної обачності неможливо було передбачити при плануванні та виконанні таких дій (завдань) або які охоплюються виправданим ризиком. Окремі військо-

¹ Особливості відповідальності командирів. «Бойовий імунітет» як одна із гарантій захисту прав військовослужбовців: Підсумки круглого столу від 14 грудня 2021 р. Київ. С. 10. URL: <https://defence.org.ua/wp-content/uploads/doslidzhennya/CDS-Osoblyvosti-vidpovidalnosti-komandyriv-ukr.pdf> (дата звернення: 06.08.2023).

² Кримінальний кодекс України: проєкт станом на 30.01.2023. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/01/30/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-standom-na-30-01-2023.pdf> (дата звернення: 06.08.2023).

³ Кримінальний кодекс України: проєкт станом на 30.01.2023. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/01/30/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-standom-na-30-01-2023.pdf> (дата звернення: 06.08.2023).

вослужбовці порівнюють це з необхідністю приймати рішення в «тумані війни». Так колишній міністр оборони США Роберт Стрейндж Макнамара (Robert Strange McNamara), характеризуючи такий воєнний термін, як «туман війни», казав, що «війна настільки складна, що вона є поза спроможністю людського розуму її оцінити. У сучасному динамічному бою, перебуваючи у швидкоплинних кривавих подіях, бійцю слід зробити правильний вибір... І він згодом може здатися необґрунтовано жорстоким»¹.

Отже за вказані наслідки відповідні суб'єкти будуть звільнені від кримінальної відповідальності, якщо вони їх не передбачали (на нашу думку, розумну обачність слід тлумачити як прийняття рішення певним суб'єктом за наявною та достатньою, на його думку, інформацією) або якщо вони вчиняли діяння в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети (ч. 1 ст. 42 КК України). Як відомо, в бойовій обстановці прийняття важливого рішення, як правило, пов'язане з ризиком для життя будь-яких осіб (військово-вослужбовців як України, так і країни-агресора). При такій загрозі ризик не виправданий, а дотримання умов «бойового імунітету» стає практично не здійсненим. Отже, чинна нормативна редакція терміну «бойовий імунітет» не дозволяє ефективно його застосовувати.

На підставі викладеного пропонуємо наступні висновки:

1) чинна нормативна редакція терміну «бойовий імунітет» не дозволяє ефективно його застосовувати;

2) бойовий імунітет повинен бути пов'язаний з професійним обов'язком особи захищати Українську державу, її незалежність та територіальну цілісність (обов'язок військової служби для іноземців та осіб без громадянства та військовий обов'язок для громадян України);

3) «імунітет», передбачений ст. 43–1 КК України, повинен поширюватися на цивільних осіб, які реалізують власне право щодо відсічі та стримування збройної агресії рф та/або інших держав;

4) бойовий імунітет повинен мати як одну з умов наступних суб'єктів (запропоновано два варіанти, які залежать від майбутнього нормативного врегулювання правового статусу члена доброволь-

¹ Поліщук В. Бойовий імунітет звільняє від кримінального переслідування за умов дотримання правил ведення війни. *Інформаційне агентство АрміяInfor*. 2022. URL: <https://armyinform.com.ua/2022/05/05/bojovyyj-imumitet-zvilnyaye-vid-kryminalnogo-peresliduvannya-za-umov-dotrymannya-pravyl-vedennya-vijny/> (дата звернення: 06.08.2023).

чого формування територіальної громади) у проєкті КК України або в чинному КК України (через доповнення Розділу VIII КК України новою ст. 43–2 «Бойовий імунітет»): перший варіант – військовослужбовці, члени добровольчого формування територіальної громади, працівники правоохоронного органу; другий варіант – військовослужбовці та прирівняні законом до них особи, працівники правоохоронного органу;

5) вважаємо за доцільне внести зміни у статтю 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р.: в абзаці третьому виключити слова «поліцейських поліції особливого призначення Національної поліції України»;

6) потребує уточнення зміст Положення про проходження військової служби у Збройних Силах України іноземцями та особами без громадянства, яке затверджено Указом Президента України від 10 червня 2016 р. № 248/2016, через закріплення особливостей проходження військової служби осіб без громадянства;

7) пункт 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про основи національного спротиву» від 16 липня 2021 р. слід викласти у такій редакції: «Член добровольчого формування територіальної громади – громадянин України або іноземець чи особа без громадянства, який перебуває в Україні на законних підставах та на добровільній основі зарахований до проходження служби у складі добровольчого формування територіальної громади»;

8) слід передбачити бойовий імунітет як нову обставину, що виключає протиправність діяння, а саме через доповнення Розділу VIII КК України новою ст. 43–2 «Бойовий імунітет» у такій редакції:

«Стаття 43–2. Бойовий імунітет

1. Під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, виконання інших завдань з оборони України чи під час участі у заходах, спрямованих на боротьбу з тероризмом, є правомірним спричинення будь-якої шкоди, за винятком шкоди, передбаченої частиною другою цієї статті, внаслідок прийняття рішення про здійснення або здійснення бойових дій чи антитерористичних заходів військовослужбовцем, членом добровольчого формування територіальної громади, працівником правоохоронного органу (альтернативний варіант: військовослужбовцем чи прирівняною законом до нього особою, працівником правоохоронного органу) на підставі отриманої інформації.

2. Бойовий імунітет не застосовується до особи, зазначеної у частині 1 цієї статті, у разі вчинення нею злочинів, передбачених ч. 2 ст. 437 «Ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій», ст. 438 «Порушення законів та звичаїв війни», ст. 439 «Застосування зброї масового знищення», ст. 441 «Екоцид», ст. 442 «Геноцид», ст. 444 «Злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист».

1.4 Взаємодія громадянського суспільства і суду як інституції в умовах воєнного стану

Проявом загальної закономірності формування та розвитку України як демократичної, соціальної та правової держави є зростання ролі громадянського суспільства, оскільки саме воно виступає її своєрідним фундаментом¹.

Діалектичний зв'язок між державою та громадянським суспільством знаходить свій вияв у формах впливу кожного з них один на одного. Правова держава та громадянське суспільство зацікавлені в ефективній взаємодії, яка реалізується через діяльність органів публічної влади та інститутів громадянського суспільства. Потрібно наголосити на тому, що органи публічної влади вступають у відносини взаємодії лише з організаційно оформленими та легалізованими інститутами громадянського суспільства, до яких віднесено: громадські об'єднання, професійні спілки та їх об'єднання, творчі спілки, організації роботодавців та їх об'єднання, благодійні і релігійні організації, органи самоорганізації населення, недержавні засоби масової інформації та інші невідприємницькі товариства і установи, легалізовані відповідно до законодавства².

Взаємодія громадянського суспільства та суду є одним із пріоритетних завдань у розвитку та зміцненні правової держави, адже має на меті підвищення рівня правової культури та правової свідомості

¹ Панасюк В. М. Громадський контроль та громадський моніторинг як форми взаємодії органів публічної влади та громадянського суспільства: проблеми нормативно-правового забезпечення. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/10715/Panasyuk%20VM%20Prav%20ta%20inst%202018%20t1-36.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 07.08.2023).

² Там само

громадян, підвищення рівня довіри суспільства до суду.

Досягнення таких цілей можливе лише у разі комунікації громадянського суспільства та суду, яка забезпечується шляхом відкритості, гласності, публічності та доступності суду для громадян, з однієї сторони, та ініціативністю, відкритістю, неупередженістю громадянського суспільства, з іншої.

У зв'язку із військовою агресією російської федерації проти України Указом Президента України від 24 лютого 2022 року № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні», затвердженим Законом України від 24 лютого 2022 року № 2102-IX «Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні», введено в Україні воєнний стан із 05 години 30 хвилин 24 лютого 2022 року строком на 30 діб. У подальшому строк дії воєнного стану неодноразово продовжено Указами Президента України.

Умови воєнного стану безумовно істотно впливають на усі правовідносини у державі, зокрема й на взаємодію громадянського суспільства та суду.

Хоча в умовах правового режиму воєнного стану повноваження судів, органів та установ системи правосуддя, передбачені Конституцією України, не можуть бути обмежені, проте запровадження такого правового режиму відбивається на діяльності суду та його взаємодії із громадянським суспільством.

Взаємодія громадянського суспільства та суду здійснюється в кількох формах, які зазнали певних змін в умовах воєнного стану. Детальніше розглянемо ці особливості.

Транспарентність судової влади в умовах воєнного стану

Найбільш поширеною формою взаємодії громадянського суспільства та суду є транспарентність судової влади¹.

У сучасній вітчизняній літературі поняття «транспарентність» змістовно поєднало у собі як «прозорість», так і «відкритість», часто

¹ Поняття «транспарентність» походить від латинських слів «trans» – «прозорий, наскрізь» і «pareo» – «бути очевидним». Англійською «транспарентність» (transparent) перекладається як «прозорий», «зрозумілий», «явний»; французькою (transparent) – «прозорий». Дефініція «транспарентність» спочатку досліджувалася в англо-американській соціальній науці та розглядалася як ознака адміністративної та політичної комунікації між публічною владою та населенням: прозорість перед об'єктом державного управління визначалася поняттям «transparency», а відкритість влади для участі в державному управлінні з боку членів суспільства – поняттям «openness» // Транспарентність влади в контексті європейської інтеграції України: конспект лекції до короткотермінового семінару в системі підвищення кваліфікації кадрів / уклад.: Е.А. Афонін, О.В. Суший. Київ: НАДУ, 2010. С. 7.

ці терміни застосовуються як рівнозначні та вживаються поряд з поняттями «гласність» та «публічність». Найчастіше значення поняття транспарентності пов'язується з інформаційною відкритістю соціальних, економічних та політичних процесів¹.

Вимогу транспарентності щодо судової влади як конкретизацію уявлень про справедливий процес правосуддя було сформульовано ще в XVII ст. у Великій Британії: «Недостатньо знати, що правосуддя є, потрібно бачити, що воно здійснюється»².

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) неодноразово звертав увагу у своїх рішеннях, що правосуддя повинно не тільки чинитися, повинно бути також видно, що воно чиниться (рішення у справі *De Cubber v. Belgium*, від 26 жовтня 1984 року, § 26). Важливим питанням є довіра, яку суди повинні вселяти в громадськість у демократичному суспільстві (див. вказане рішення у справі *Wettstein v. Switzerland* та рішення у справі *Castillo Algar v. Spain*, від 28 жовтня 1998 року, § 45)³.

Отже принцип транспарентності є об'єднувальним принципом, який включає різні елементи: гласність, публічність, відкритість, прозорість, доступність⁴.

Засади гласності та відкритості судового процесу врегульовані у статті 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»⁵. Така інформація (про суд, який розглядає справу, сторони спору та предмет позову, дату надходження позовної заяви, апеляційної, касаційної скарги, заяви про перегляд судового рішення, стадії розгляду справи, місце, дату і час судового засідання, рух справи з одного суду до іншого) є відкритою та має невідкладно бути оприлюдненою на офіцій-

¹ Транспарентність влади в контексті європейської інтеграції України. С. 7.

² Кошова О. В. Транспарентність сучасної судової влади. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2015. № 1–2. С. 211.

³ Рішення Європейського суду з прав людини від 09 листопада 2006 року у справі «Білуха проти України», заява № 33949/02, § 53. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_272#Text (дата звернення: 06.08.2023).

⁴ Ніколенко Л. М. Транспарентність судової влади в умовах реформування. *Правовий часопис Донбасу. Збірник наукових праць*. 2019. № 2 (67). С. 26. URL: <https://ljd.dnuvs.in.ua/wp-content/uploads/2021/10/2-1.pdf> (дата звернення: 06.08.2023).

⁵ Судові рішення, судові засідання та інформація щодо справ, які розглядаються судом, є відкритими, крім випадків, установлених законом. Будь-яка особа має право на вільний доступ до судового рішення в порядку, встановленому законом (абзац перший частини першої статті 11 цього Закону). Закон України від 02 червня 2016 року № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#n42> (дата звернення: 06.08.2023).

ному веб-порталі судової влади України, знову ж таки крім випадків, установлених законом (частина друга статті 11 цитованого Закону).

Додатковим способом інформування про суд, який розглядає справу, сторони спору та предмет позову, місце, дату і час судового засідання, може бути надання інформації з використанням Єдиного державного веб-порталу електронних послуг, у тому числі з використанням мобільного застосунку Порталу Дія (абзац другий частини першої статті 11 зазначеного Закону).

Розгляд справ у судах відбувається відкрито, крім випадків, установлених законом. У відкритому судовому засіданні мають право бути присутніми будь-які особи (частина третя статті 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Законом передбачено, що особи, присутні в залі судового засідання, представники засобів масової інформації можуть проводити в залі судового засідання фотозйомку, відео- та аудіозапис з використанням портативних відео- та аудіотехнічних засобів без отримання окремого дозволу суду, але з урахуванням обмежень, встановлених законом. Трансляція судового засідання здійснюється з дозволу суду (абзац перший частини четвертої статті 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

При цьому проведення в залі судового засідання фотозйомки, відеозапису, а також трансляція судового засідання повинні здійснюватися без створення перешкод у веденні засідання і здійсненні учасниками судового процесу їхніх процесуальних прав (абзац другий частини четвертої статті 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Відповідно, за загальним правилом, розгляд справ є відкритим та гласним¹.

Транспарентність судової влади передбачає відкритість та доступність інформації не лише про стан розгляду справ, а про судову владу загалом, про окремі суди та окремих суддів, органи суддівського самоврядування та органи, які беруть участь у формуванні судової гілки влади. Сюди відносимо доступність інформації про правовий статус судів та суддів (наприклад, права та обов'язки судді, порядок притягнення до відповідальності), визначені законом відомості про

¹ Розгляд справи у закритому судовому засіданні допускається за вмотивованим рішенням суду винятково у випадках, визначених законом (частина п'ята статті 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

конкретного суддю (майновий стан, факт притягнення до дисциплінарної відповідальності тощо)¹.

Досліджуючи питання реалізації принципу транспарентності у взаємовідносинах громадянського суспільства і суду в умовах воєнного стану, потрібно враховувати, що воєнний стан вніс певні корективи, обмежив дію цього принципу, що проявляється у такому.

Починаючи з 24 лютого 2022 року, загальний доступ до Єдиного державного реєстру судових рішень, сервісів «Стан розгляду справ» та «Список справ, призначених до розгляду» був тимчасово призупинений. На вебсторінках Єдиного державного реєстру судових рішень, Судової влади України були опубліковані оголошення, що такі дії вжито для запобігання загрози життю та здоров'ю суддів та учасників судового процесу у період воєнного стану. Водночас суди продовжили здійснювати правосуддя в безперервному режимі в умовах відсутності загрози життю та здоров'ю учасників справи. Про дату й час судових засідань пропонувалося дізнаватися в оперативному порядку за телефонами суду чи з використанням інших засобів зв'язку.

Отже єдиною метою вжиття таких заходів було створення умов безпеки (зберегти реєстр, захистити його від кібератак загарбників, тобто від знищення, а також приховати інформацію про суддів і суди, які ухвалювали рішення стосовно осіб, які могли б бути «цікаві» окупантам)².

Згодом, у березні 2022 року, Державна судова адміністрація України відновила роботу сервісу «Список справ, призначених до розгляду», а з 20 червня 2022 року надано загальний доступ до Єдиного державного реєстру судових рішень та сервісу «Стан розгляду справ».

За таких обставин можна дійти висновку, що обмеження громадянського суспільства у доступі до суду в умовах воєнного стану може бути правомірним, якщо воно переслідує мету забезпечення безпеки як учасників справи, так і суду. Ухвалення рішень про обмеження доступу до інформації має бути невідкладним, адже відкритість та до-

¹ Мочульська М. Судова влада та громадськість: взаємодія в умовах конституційної реформи правосуддя в Україні. *Український часопис конституційного права*. 2018. № 3. С. 41. URL: <https://www.constjournal.com/wp-content/uploads/issues/2018-3/pdfs/3-martamochulskasudova-vlada-hromadskist-vzaiemodiia-umovakh-konstytutsiinoi-reformy-pravosuddia.pdf> (дата звернення: 06.08.2023).

² Державна судова адміністрація України в тестовому режимі відновила доступ до ЄДРСР. Пресслужба ДСА України 20 червня 2022 року. URL: <https://dsa.court.gov.ua/dsa/pres-centr/general/1286014/> (дата звернення: 06.08.2023).

ступність суду може призвести до негативних наслідків як для суду, суддів, працівників апарату суду, так і для учасників справи, громадянського суспільства в цілому.

Станом на сьогодні суд є більш відкритим для громадянського суспільства, ніж на початку введення воєнного стану, зокрема, інформація про суд, судові справи, судові рішення є у загальному доступі.

Водночас однією із проблем залишається надання відповідей на запити про публічну інформацію.

Безумовно, право на доступ до публічної інформації є конституційним правом людини, передбаченим і гарантованим статтею 34 Конституції України, і може бути обмеженим лише у передбачених законом випадках.

Рішенням від 25 березня 2022 року № 11 Рада суддів України вирішила судам України, Державній судовій адміністрації України, іншим установам системи правосуддя тимчасово відстрочити до закінчення строку дії воєнного стану в Україні надання відповідей на усі запити про публічну інформацію, які надійшли з початку введення воєнного стану в Україні – 24 лютого 2022 року. У разі надходження запитів щодо надання будь-якої публічної інформації щодо діяльності судів та установ системи правосуддя – копію запитів негайно направляти Службі безпеки України для ретельної перевірки осіб, які таку інформацію збирають та переслідуваної ними мети¹.

Через військову агресію російської держави проти України публічна інформація щодо діяльності органів державної влади, їхніх працівників, у тому числі щодо судів та органів системи правосуддя, може становити загрозу їх життю та здоров'ю, спричиняти злочини та бути загрозою національній безпеці, а тому підлягає обмеженню на підставі вимог статті 6 Закону України «Про доступ до публічної інформації».

Рада суддів України зазначила, що збір відповідної інформації під час війни може мати ознаки диверсійної діяльності, спрямованої проти України, а тому є нагальною ретельна перевірка осіб, які таку інформацію збирають, та переслідуваної ними мети².

Рада суддів України звернула увагу судів, що при опрацюванні запитів на публічну інформацію потрібно оцінювати такі критерії:

¹ Рішення Ради суддів України від 25 березня 2022 року № 11. URL: <https://rsu.gov.ua/ua/documents?id=130&page=4&per-page=8> (дата звернення: 06.08.2023).

² Рішенням від 03 лютого 2023 року № 8 Рада суддів України ухвалила, що рішення від 25 березня 2022 року № 11 втратило чинність.

мета запитувача; характер запитуваної інформації; особлива роль запитувача інформації в отриманні та поширенні її серед громадськості, спосіб поширення інформації та коло осіб, яким планується інформацію поширити; готовність і доступність запитуваної інформації.

Обмеження доступу до інформації може бути здійснене із застосуванням «трискладового тесту» та практики ЄСПЛ у відносинах доступу до публічної інформації, в тому числі у випадках, коли під час розгляду запиту об'єктивно неможливо встановити, чи є в такому випадку інтерес на отримання інформації правомірним, чи настане шкода внаслідок розголошення інформації та чи переважатиме завдання внаслідок розповсюдження інформації шкода суспільний інтерес від її отримання.

При цьому таке обмеження є допустимим лише відповідно до статті 6 Закону України «Про доступ до публічної інформації», зокрема винятково в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя.

Рада суддів України рекомендувала запитувачам інформації у своїх запитах на публічну інформацію зазначати відомості про мету запитувача, характер запитуваної інформації, особливу роль запитувача інформації в отриманні та поширенні її серед громадськості, відомості про коло осіб, яким планується поширити інформацію, та спосіб такого поширення, для запобігання, з одного боку, випадкам необґрунтованої відмови у наданні інформації, а з іншого – для того, щоб поширення інформації не завдало шкоди національній безпеці, територіальній цілісності або громадському порядку, охороні здоров'я населення, репутації або правам інших людей, не призвело до розголошення інформації, одержаної конфіденційно, або не завдало шкоду підтриманню авторитету і неупередженості правосуддя¹.

На сьогодні суд касаційної інстанції не розглядав справи про відстрочення надання публічної інформації чи про відмову в її наданні, проте такі справи були розглянуті апеляційними судами України.

¹ Рішення Ради суддів України від 03 лютого 2023 року № 8. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0008414-23#Text> (дата звернення: 07.08.2023).

Так, у постанові від 28 листопада 2022 року у справі № 380/7479/22¹ Восьмий апеляційний адміністративний суд дійшов висновку, що «орган, до якого направлено запит громадянина на отримання публічної інформації, зобов'язаний об'єктивно і вчасно його розглянути, перевірити викладені в ньому факти та надати запитувачу достовірну, точну й повну інформацію на його запит у встановлені законом строки.

Якщо запитувана інформація не може бути надана для ознайомлення в передбачені Законом строки, допускається відстрочка в задоволенні запиту на інформацію. Єдиною умовою такої відстрочки є настання обставин непереборної сили.

Право особи звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, а також отримувати обґрунтовані відповіді на свої звернення у встановлений законом строк не може бути обмежене внаслідок введення в державі воєнного стану.

Самий лише факт запровадження воєнного стану в Україні, без обґрунтування неможливості вчинення тих чи інших дій у строки, передбачені законом, у зв'язку із запровадженням такого, не може вважатися поважною причиною відкладення вчинення таких дій чи невчинення їх взагалі. Наведені обставини можуть вважатися поважними причинами пропуску строку розгляду запиту на інформацію. Натомість право на отримання інформації є конституційним правом особи і не може бути обмеженим навіть за умов запровадження державою воєнного стану, про що вже зазначено судом вище».

Іншою проблемою реалізації принципу транспарентності в умовах воєнного стану є доступ до суду, зокрема територіальна підсудність справ, які розглядалися судами, розташованими у районах проведення бойових дій та на тимчасово окупованих територіях.

Така підсудність справ змінювалася відповідними розпорядженнями Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (протягом 2014–2016 років), розпорядженнями Верховного Суду (2020 рік – січень 2023 року), рішеннями Вищої ради правосуддя (з 31 січня 2023 року).

З однієї сторони, зміна територіальної підсудності справ забезпечує право особи на доступ до суду, на захист порушених прав, доступ

¹ Постанова Восьмого апеляційного адміністративного суду від 28 листопада 2022 року у справі № 380/7479/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107570944> (дата звернення: 07.08.2023).

громадянського суспільства до суду, проте, з іншої, це зумовлює докладання особами додаткових зусиль для реалізації своїх прав, зокрема на судовий захист тощо.

Зміна територіальної підсудності справ свідчить про територіальну віддаленість суду від зон проведення бойових дій, тимчасово окупованих територій, що покладає на осіб, які проживають у цих районах, додатковий тягар з подолання великих відстаней, щоб подати позовну заяву, брати участь у судовому засіданні, отримати копію судового рішення тощо.

Водночас учасники справи не позбавлені можливості брати участь у судовому процесі через окремі підсистеми Єдиної інформаційно-телекомунікаційної системи (далі – ЄСІТС), зокрема «Електронний кабінет», «Електронний Суд», підсистеми відеоконференцзв'язку. Проте існування в особи необхідних технічних можливостей в умовах воєнного стану в районах проведення бойових дій та на тимчасово окупованих територіях є проблематичною.

Потрібно також урахувати, що не всі судові справи є в електронному форматі, не до всіх справ є доступ в підсистемах «Електронний кабінет», «Електронний суд», а ведення бойових дій, тимчасова окупація територій України призвели до втрати Україною доступу до матеріалів справ, які не були своєчасно передані до судів за зміненою територіальною підсудністю та можуть бути знищені.

За таких обставин суд з власної ініціативи чи за клопотанням учасника справи може відновити втрачене судове провадження за достатності зібраних матеріалів для точного відтворення втраченого судового провадження повністю або в частині.

Наведене свідчить, що навіть в умовах воєнного стану Держава Україна в цілому та суд безпосередньо вживають усіх можливих заходів для забезпечення доступу громадянського суспільства до суду. Безумовно, перед Україною є певні виклики щодо прозорості суду в умовах воєнного стану, зокрема щодо відкритості суду, доступу до суду, проте вирішення цих проблем залежить від багатьох факторів та не лише від громадянського суспільства і суду.

Щодо інформаційної взаємодії судової влади із громадянським суспільством в умовах воєнного стану, то варто зазначити, що судді проводять вебінари, лекції, онлайн-дискусії та діляться інформацією стосовно особливостей розгляду окремих категорій спорів в умовах

воєнного стану¹, беруть участь в обговореннях сучасних викликів національній правовій системі, що виникають в умовах воєнного стану², розповідають про захист прав осіб, які постраждали у зв'язку з військовою агресією російської федерації проти України (наприклад, щодо особливостей надання українцям тимчасового захисту за кордоном тощо)³, обговорюють питання відшкодування збитків, завданих російською федерацією⁴.

«*Amicus curiae*»

У деяких країнах Західного Світу, особливо в країнах англосаксонської системи права, поширеним є такий правовий інститут, як *amicus curiae* (латин. – друг суду), витоки якого сягають часів римського права. Цей термін позначає фізичну або юридичну особу, неурядову або міжнародну організацію, що не є учасником, стороною у справі, яка розглядається національним чи міжнародним судом, проте сприяє суду шляхом надання фактичної або правової інформації за власною ініціативою. Тобто будь-яка особа може підготувати власний висновок щодо застосування конкретних норм права у спірних правовідносинах. Такий висновок не є обов'язковим для суду, проте суд може взяти його до уваги⁵.

Amicus curiae можна визначити як субінститут процесуального інституту третіх осіб у судовому провадженні, який дозволяє третій особі чи особам, які не є учасниками судового провадження, представити суду чи іншому юрисдикційному органу свою позицію з питань, котрі стосуються предмета провадження, шляхом подання обґрунто-

¹ Сергій Погрібний розповів про судову практику в житлових спорах в умовах воєнного стану. Офіційний вебсайт Верховного Суду. 11 листопада 2022 року. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1345209/> (дата звернення: 07.08.2023).

² Судді КЦС ВС обговорили особливості розгляду справ в умовах війни та шляхи подолання спричинених нею викликів. Офіційний вебсайт Верховного Суду. 19 жовтня 2022 року. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1335189/> (дата звернення: 07.08.2023).

³ Олена Кібенко розповіла про особливості надання українцям тимчасового захисту в різних європейських країнах. Офіційний вебсайт Верховного Суду. 27 травня 2022 року. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1278654/> (дата звернення: 07.08.2023).

⁴ Юридична спільнота обговорила питання відшкодування збитків, завданих росією. Офіційний вебсайт Верховного Суду. 30 травня 2022 року. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1279148/> (дата звернення: 07.08.2023).

⁵ Уркевич В., Шумило М. Наука, право та Верховний Суд: які існують лінії перетинання. Офіційний вебсайт Верховного Суду. 02 вересня 2022 року. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1314300/> (дата звернення: 07.08.2023).

ваних юридичних висновків з власної ініціативи або з дозволу суду чи на запрошення суду без набуття при цьому процесуальних прав чи обов'язків. Виникнення цього інституту нерозривно пов'язане з розвитком *common law*, в якому він з'являється як автохтонне явище. Поширення цього інституту в інших правових системах відбувається лише протягом останніх сорока років¹.

Як зазначається у Концепції *amicus curiae* у сучасному правосудді авторства А. Тенасе (Голова Конституційного суду Молдови (2011–2017 рр.)) та Г. Папуашвілі (Голова Конституційного суду Грузії (2006–2016 рр.)), такий висновок може надавати «унікальну інформацію або представляти погляди, що можуть допомогти суду», виходячи за межі того, що в змозі або бажають надати сторони. Тому інтерес авторів *amicus curiae* у справі є більш віддаленим та часто ширшим. Автор *amicus curiae* може мати зацікавленість в іншій справі, на яку може вплинути судові рішення (але не настільки, щоб висновок *amicus curiae* фактично міг впливати на хід справи)².

Водночас потрібно враховувати, що роль *amicus curiae* у наш час є двоякою.

З одного боку, він є своєрідним «експертом», обізнаною особою, яка надає суду інформацію, яку неможливо отримати ні від сторін спору, ні самостійно (з огляду на складність питань, які становлять предмет судового розгляду). У зв'язку з наведеним цей інститут застосовують переважно у процедурах розгляду справ у верховних і конституційних судах. З іншого, завдання *amicus curiae* не зводяться тільки до експертної діяльності, яка за визначенням має бути об'єктивною та неупередженою. Цей учасник процесу виконує також і важливу функцію висловлення думки певної авторитетної частини суспільства з приводу актуальної суспільно значущої правової проблеми. Тим самим він захищає і публічний інтерес, певну суспільно-політичну думку³.

¹ Водянікіова О.Ю. Друг суду: поняття, функції і процесуальні аспекти *amicus curiae*. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні*: матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. (Чернівці, 16 жовтня 2020 р.); редкол.: О.В. Щербанюк (голова), Л.Г. Бузова (відпов. секр.) та ін. Київ: Видавництво ВАІТЕ, 2020. С. 169.

² Уркевич В., Шумило М. Наука, право та Верховний Суд: які існують лінії перетинання. Офіційний вебсайт Верховного Суду. 02 вересня 2022 року. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1314300/> (дата звернення: 07.08.2023).

³ Константий О.В. «*Amicus curiae*» в адміністративному судочинстві України: проблеми впровадження. *Юридичний науковий електронний журнал*. № 14/2018. С. 98. URL: http://lsej.org.ua/1_2018/28.pdf (дата звернення: 07.08.2023).

Amicus curiae є ключовим елементом права суспільного інтересу. Поняття «право суспільного інтересу» не означає жодної галузі законодавчого регулювання чи галузі права. Його поява була обумовлена необхідністю наголошення на тому, чиї саме інтереси представляють юристи, які працюють у цій сфері. Однією із найбільш значущих глобальних подій у сфері «права суспільного інтересу» протягом останніх десятиліть стало глобальне поширення практики надання висновків *amicus*. *Amicus curiae*, безсумнівно, стали одним із найважливіших інструментів для порушення та розгляду питань, насамперед актуального характеру, які потім можуть розглядатися суспільством у судах¹.

З 2017 року в Україні законодавчо запроваджена змішана модель *amicus curiae* в конституційному провадженні. Однак в Регламенті Конституційного Суду України відповідних процедур і норм досі немає. Тому залишається три юридичні шляхи долучення висновків *amicus curiae* до справи: отримання запиту від судді-доповідача у справі відповідно до пункту 2 частини четвертої статті 59 Закону України «Про Конституційний Суд України» про надання відповідного висновку; подання такого висновку через учасника конституційного провадження як письмового пояснення в порядку пункту 2 частини першої статті 71 Закону України «Про Конституційний Суд України»; звернення до Конституційного Суду України з клопотанням про залучення до участі у конституційному провадженні в порядку статті 70 Закону України «Про Конституційний Суд України»².

Як приклад *amicus curiae* також можна навести і діяльність Науково-консультативної ради при Верховному Суді.

Науково-консультативна рада утворюється при Верховному Суді з висококваліфікованих фахівців у сфері права для підготовки наукових висновків з питань діяльності Верховного Суду, що потребують наукового забезпечення (частина перша статті 47 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»)³.

¹ Танасе А., Папуашвілі Г. Концепція AMICUS CURIAE у сучасному правосудді. Концептуальний документ для Конституційного Суду України. 10 червня 2022 р. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/3/c/523443.pdf> (дата звернення: 07.08.2023).

² Водянікова О.Ю. Друг суду: поняття, функції і процесуальні аспекти *amicus curiae*. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні*: матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. (Чернівці, 16 жовтня 2020 р.); редкол.: О.В. Шербанюк (голова), Л.Г. Бзова (відпов. секр.) та ін. Київ: Видавництво ВАІТЕ, 2020. С. 169.

³ Закон України від 02 червня 2016 року № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#n42> (дата звернення: 07.08.2023).

Відповідно до пункту 3.1 Положення про Науково-консультативну раду при Верховному Суді Науково-консультативна рада вивчає проблемні питання застосування норм права, що виникають у судовій практиці, і надає Верховному Суду висновки та рекомендації.

До повноважень Науково-консультативної ради належать: підготовка наукових висновків щодо тлумачення та застосування норм права; участь у підготовці проєктів узагальнень практики застосування судами норм матеріального і процесуального права з метою забезпечення їх однакового застосування під час розгляду справ; попередній розгляд проєктів постанов Пленуму Верховного Суду щодо надання рекомендаційних роз'яснень з питань застосування судами законодавства України під час розгляду справ; попередній розгляд проєктів висновків Пленуму Верховного Суду щодо проєктів законодавчих актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою України; попередній розгляд проєктів конституційних подань Верховного Суду до Конституційного Суду України щодо конституційності законів та інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України; попередній розгляд інших питань діяльності Верховного Суду, підготовка яких потребує наукового забезпечення; участь у координації наукових досліджень у галузі права та формуванні державного замовлення на наукові дослідження в галузі права; сприяння виданню офіційного друкованого органу Верховного Суду, інших його видань (у тому числі електронних) (пункт 3.2 Положення)¹.

Досліджуючи питання діяльності інституту *amicus curiae* в умовах воєнного стану в Україні, потрібно враховувати, що він є ефективним під час розгляду судами справ про військові злочини, відшкодування шкоди, завданої військовими злочинами тощо, адже національні суди можуть звернутися до міжнародних організацій, експертів у галузі міжнародного гуманітарного права, науковців, суддів спеціалізованих судів (трибуналів) за відповідними консультативними висновками.

Наприклад, міжнародні експерти вже залучалися до обговорення розгляду справ про воєнні злочини, поділилися з українськими суддями досвідом, як забезпечити справедливий судовий розгляд таких

¹ Положення про Науково-консультативну раду при Верховному Суді, затверджене постановою Пленуму Верховного Суду від 02 лютого 2018 року № 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0001780-18#Text> (дата звернення: 07.08.2023).

справ. Конференцію «Слухання справ про воєнні злочини: роль судді» провели в онлайн-режимі 03 червня 2022 року¹.

Також судді Верховного Суду обговорили актуальні виклики судової влади в умовах повномасштабної війни на XI Щорічному судовому форумі Асоціації правників України².

У березні 2023 року судді Верховного Суду обговорили під час V Судового форуму в межах сесії «Суд і війна» воєнні виклики, судову систему під час війни³.

Щодо впливу соціальних мереж на ухвалення рішень судами

Здійснення правосуддя сьогодні відбувається у час активної диджиталізації, цифровізації суспільства.

Свобода слова досягла того рівня, що будь-який учасник громадянського суспільства вправі висловити свої міркування щодо якоїсь правової проблеми в мережі Інтернет, у соціальних мережах тощо, що дозволяє донести свою позицію до невизначеного числа читачів, зокрема й до суду. Обговорення може стосуватися як тих справ, що вже розглянуті судом, так і тих, судове провадження в яких триває. Метою такого обговорення є не лише вирішення правових проблем, а й донесення до суду думки автора публікації або частини суспільства, а в окремих випадках і спроба вчинити тиск на суд з метою ухвалення того судового рішення, в якому зацікавлене суспільство (його частина).

Олена Кібенко з цього приводу зазначила, що можливо ця нова тенденція є позитивною, адже найкращі ідеї можуть прийти від нових голосів з натовпу (спрацює колективний розум). Утім, правила щодо змагальності сторін, подання представниками сторін аргументів (брифів у справі) вироблялися століттями, вони є досить жорсткими. Ці правила спрямовані на те, щоб кожна сторона бачила аргументи іншої сторони і мала можливість відреагувати на них (надати контраргументи). Коли суд бере аргументацію з інтернету, яка не надавалася жодною зі сторін у справі, тоді сторони не мають уявлення про мож-

¹ Про виклики в ході розгляду судових справ щодо воєнних злочинів говорили на міжнародній конференції. Офіційний вебсайт Верховного Суду. 09 червня 2022 року. URL: <https://www.supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1282328/> (дата звернення: 07.08.2023).

² Судді ВС обговорили актуальні виклики судової влади в умовах повномасштабної війни на XI Щорічному судовому форумі АПУ. Офіційний вебсайт Верховного Суду. 13 грудня 2022 року. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1357701/> (дата звернення: 07.08.2023).

³ Судова система під час війни: судді Верховного Суду обговорили на форумі воєнні виклики. Офіційний вебсайт Верховного Суду. 28 березня 2023 року. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1401722/> (дата звернення: 07.08.2023).

ливість використання відповідної аргументації у рішенні суду і тому не можуть надати свої контраргументи. Тому потрібно ретельно оцінити плюси і мінуси такого юридичного «краудфандингу»¹.

З іншої сторони, сьогодні робота з пресою розглядається як невід’ємна частина стратегії захисту, учасники справи та їхні адвокати тепер не просто готують «прес-релізи», вони повноцінно використовують інформаційний простір для формування позитивної для себе думки².

Що можна зробити – це забезпечити прозорість процесу. Суд, який має намір використати аргумент з «віртуального брифінгу», може запросити додаткові брифінги від сторін у справі для того, щоб почути їх думку та можливо контраргументи. Будь-які аргументи з віртуального брифінгу доцільно перевіряти у системі змагальності (надання адвокатам сторін можливості висловитися щодо аргументу – на усних слуханнях чи шляхом подання додаткових брифінгів).

Віртуальний брифінг допомагає і в ситуації, коли сторони з якихось причин не висувають важливий аргумент. Діючи так, вони мають розуміти, що можуть знайтися сторонні коментатори, які звернуть увагу суду на цей аспект, і його все одно доведеться коментувати й оцінювати. Тобто суд має зовнішнє джерело правової інформації, відмінне від того, що надали сторони у матеріалах справи. Це допоможе запобігти помилкам, зробить процес більш транспарентним.

Краудсорсинг рішень Верховного Суду можливо є незворотним феноменом найближчого майбутнього, ознакою ери диджиталізації, але не варто йти у таке майбутнє наосліп – без належного розуміння й оцінки цього явища. Потрібно розуміти, що відбувається насправді, як змінюється процес ухвалення рішень у Верховному Суді³.

І суддям, і їх помічникам, а також правникам суду потрібно із великою засторогою ставитися до інструментів такого «віртуального брифінгу», особливо тих, які побудовані більше на використанні емоцій, а не логічних аргументів – можливо, йдеться не про об’єктивну незаангажовану думку відомого науковця чи адвоката, а про спланований механізм впливу на суддів з метою схилення до ухвалення пев-

¹ Кібенко О. Чи впливають блоги та соціальні мережі на рішення суддів Верховного Суду? *Судово-юридична газета*. 02 серпня 2019 року. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/147247-chi-vplivayut-blogi-ta-sotsialni-merezhi-na-rishennya-suddiv-verkhovnogo-sudu> (дата звернення: 07.08.2023).

² Там само

³ Там само

них рішень чи на правову спільноту з метою формування думки про певні рішення як про неякісні, несправедливі чи помилкові¹.

Громадський контроль і моніторинг

Громадський контроль і моніторинг це також одна з форм взаємодії громадянського суспільства із судом.

Такий контроль та моніторинг передусім стосуються дисциплінарних правопорушень, етичної складової діяльності суду тощо.

Важливо, щоб такий контроль та моніторинг здійснювався громадянським суспільством у розумних межах та не призводив до переслідування суддів, втручання у здійснення правосуддя судом. Контроль та моніторинг будуть ефективними, якщо громадянське суспільство буде неупередженим стосовно суду, постійно підвищуватиме свій рівень правової культури і правової свідомості. У протилежному випадку здійснення такого контролю та моніторингу не забезпечуватиме досягнення мети – розвитку та зміцнення правової держави.

Громадський контроль не є абсолютним, може здійснюватися у межах та у спосіб, визначених законодавством, зокрема шляхом доступу до публічної інформації, перевірки інформації, оприлюдненої судом, у тому числі перевірки достовірності інформації, зазначеної судьями та іншими працівниками суду у деклараціях, так і шляхом участі громадян у доборі суддів, членів Вищої кваліфікаційної комісії України тощо.

Щодо такої складової громадського контролю, як громадський моніторинг, потрібно зазначити про наявність лише теоретичного його обґрунтування. В українській науці отримало підтримку визначення громадського моніторингу як системного та комплексного дослідження діяльності органів публічної влади у сфері підготовки та ухвалення рішень, контролю за їх виконанням. Метою громадського моніторингу є підвищення рівня підзвітності, прозорості діяльності органів влади та просування реформ в інтересах суспільства через виявлення слабких місць та внесення змін в існуючі політики та процедури прийняття, виконання та контролю за рішеннями органів влади².

¹ Кібенко О. Чи впливають блоги та соціальні мережі на рішення суддів Верховного Суду? *Судово-юридична газета*. 02 серпня 2019 року. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/147247-chi-vplivayut-blogi-ta-sotsialni-merezhi-na-rishennya-suddiv-verkhovnogo-sudu> (дата звернення: 07.08.2023).

² Панасюк В.М. Громадський контроль та громадський моніторинг як форми взаємодії органів публічної влади та громадянського суспільства: проблеми нормативно-правового забезпечення. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/10715/Panasjuk%20>

Зауважимо, що здійснення громадського контролю та моніторингу позитивно впливає на суд, адже дисциплінує його, стимулює до належного та якісного виконання покладених на нього функцій та завдань, забезпечення відкритості та прозорості суду, доступу до суду тощо.

Тому у певну міру суд є підзвітним громадянському суспільству, проте межа такої підзвітності має бути такою, щоб громадянське суспільство не втручалося у здійснення правосуддя судом під час вирішення конкретних спорів, не порушувало незалежність суду.

Отже, взаємодія громадянського суспільства та суду в Україні відбувається та існує у певних формах. Можна стверджувати про існування та доцільність громадського контролю з боку громадянського суспільства стосовно суду як інституції.

Потрібно наголосити на тому, що усі форми громадського контролю суду з боку громадянського суспільства не повинні давати можливість як громадянському суспільству в цілому, так окремим його членам робити суд та суддів підзвітними, а так само не повинні давати важелів тиску на суд у вирішенні певних спорів, бо інакше рішення суду буде орієнтуватися на суспільні настрої (чи навіть гірше – на міркування окремих зацікавлених осіб), а не на право і справедливість.

Тому громадянський контроль не повинен перетворюватися у надання важелів неправомірного впливу (чи навіть тиску) на суд, який передусім має діяти як незалежна інституція у державі та суспільстві.

Щодо доступності змісту судових рішень: визнаємо, що судді є одними із найкваліфікованіших фахівців у сфері права (принаймні мають бути такими у правовій державі), тому будь-яке судове рішення повністю може бути зрозумілим таким самим фаховим юристом. У країні, в якій є чинними сотні тисяч правових актів, законодавство є мінливим та не завжди стабільним, суспільство та держава перманентно перебувають у стані трансформації, мова актів правосуддя не може бути надто простою і зрозумілою не підготовленій особі.

Тому за гаслом «Зробити доступною мову та зміст судових рішень» ховається відвертий популізм і некомпетентність.

Роботу одного юриста з боку держави (тут судді) може обґрунтовано оцінити лише інший кваліфікований юрист – з боку громадянського суспільства, він може перекласти свою компетентну оцінку

VM%20Prav%20ta%20inst%202018%20t1-36.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 07.08.2023).

на зрозумілу пересічному громадянині мову та довести до його відома. У таких процесах й громадянське суспільство має переконатися, що такий юрист від громадянського суспільства не заангажований і його оцінки є об'єктивними та незалежними.

Щодо оцінки можливості звернення судді за порадою під час вирішення конкретного спору. За загальним правилом, потрібно заперечити можливість (поза процедурами, визначеними процесуальним законом) звернення судді до громадськості за порадою під час вирішення конкретного спору.

Пошук вирішення правової проблеми та варіанта розв'язання конкретного спору має відбуватися передусім у правовій доктрині, саме яка є найбільшим джерелом відповіді на складні питання юридичної практики.

Запит про думку громадськості до ухвалення судом рішення у справі є абсолютно неприйнятним, адже до ухвалення рішення у справі суд не може комунікувати з громадянським суспільством у пошуках вирішення спору.

Отже доктрина права, правове сумління і культура є джерелом для пошуку справедливого рішення у справі.

Рефлексія на громадську думку має відбуватися постфактум, щоб суд (суддя) відстежував оцінку громадськості щодо прийнятого рішення у справі.

Підсумовуючи зазначимо, що очевидно взаємодія громадянського суспільства та суду є одним із проявів демократії. Втім, в умовах воєнного стану така взаємодія є дещо обмеженою, що зумовлено існуючими ризиками для життя та здоров'я учасників справ, суддів тощо. Такі обмеження є очевидними та правомірними, проте вони завжди мають бути обґрунтовані, адже безпідставне обмеження громадянського суспільства у доступі до суду є неприпустимим.

Ефективна взаємодія громадянського суспільства та суду має наслідком підвищення рівня довіри до суду, рівня правової свідомості та правової культури членів громадянського суспільства, а тому є одним із пріоритетних завдань у державі. Така взаємодія має позитивні аспекти для усіх її учасників і забезпечує розвиток та зміцнення правової держави, що є однією з головних цілей такої взаємодії, поставлених державою перед громадянським суспільством та судом.

РОЗДІЛ 2.

ВЗАЄМОДІЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА, ЛЮДИНИ ТА ДЕРЖАВИ: ВИКЛИКИ СЬОГОДЕННЯ

2.1 Екзистенційні виклики громадянського суспільства

Суспільство є сукупністю способів організації і форм взаємодії людей при певній залежності їх один від іншого і воно виступає історично цілісністю як рід, плем'я, етнос, нація, народ.

Суспільство формується на зорі цивілізації приблизно 7–10 тис. років тому. Правда, є гіпотези про формування і загибель людських цивілізацій у проміжку часу більше мільйона років. Не будемо аналізувати допотопні цивілізації (11,5 тис. р. тому), а лише ті, які доступні для аналізу в історичний і частково доісторичний період.

Сучасні історики, філософи і політологи припускаються помилок, коли йдеться про суспільство (та ще й посилаються на Платона і Аристотеля), часто ототожнюють його з державою. Однак між виникненням суспільства та організацією держави іноді проходили тисячоліття. І щоб це підтвердити і досягнути, слід керуватись принципом «все нове є давно забуте старе» і звернутися до праці Фрідріха Енгельса «Походження сім'ї, приватної власності і держави» (звичайно, проігнорувавши класовий підхід автора). Робота має підзаголовок «У зв'язку з дослідженнями Льюїса Г. Моргана». Автор, не будучи апологетом Моргана, дає позитивну оцінку його праці, одночасно охоплює аналізом такі праці:

– «Стародавнє суспільство» Л. Г. Моргана;

– «Конспект книги Льюїса Г. Моргана «Стародавнє суспільство» К. Маркса;

– «Дослідження первісної історії людства і виникнення цивілізації» Тейлора Е. Б.;

– «Материнське право. Дослідження гінекократії стародавнього світу на основі релігійної і правової природи» Бахофена І. Я.;

–«Первинний шлюб» Мак-Ленана Дж. Ф.;

–«Нарис походження і розвитку сім'ї і власності» М.М. Ковалевського та інші.

Цікавим є те, що і вказані роботи і праці Ф. Енгельса написані в другій половині XIX ст. Пізніше інтерес до старожитностей, за винятком хіба що професорів історії з університетів, почав згасати. І вже з 20-х рр. XX ст. зустрічаємо хіба що коментарі до вказаних й інших книг. Правда були й оригінальні праці, наприклад, К. Поппера «Відкрите суспільство і його вороги», Б. Рассела «Перспективи індустріальної цивілізації» і «Історія західної філософії і її зв'язок з політичними і соціальними обставинами з ранніх часів до теперішніх днів»; Джона Кіна «Демократія і громадянське суспільство»; О.О. Зінов'єва «На шляху до зверхсуспільства»; О.О. Бондаря «Доктрина справедливого суспільства» і «Проект Україна. Побудова спрямованого суспільства».

Ф. Енгельс проаналізував утворення сім'ї, роду, братрії і племені в американських індіанців, греків, римлян, германців. Однак у зв'язку із антислов'янським наставленням (як і К. Маркса) проігнорував соціалізацію у слов'ян, яка дещо специфічна (хоча і близько до соціалізації у германців).

Для слов'ян характерною формою соціального об'єднання є община, яка хоча має подібні риси до роду і братрії все ж докорінно від них відрізняється.

Подібними рисами із соціальними утвореннями, описаними Морганом, Тейлером, Енгельсом, є відсутність формального апарату влади, територіальна спільність, екзогамія і заборона кровозміщення. В той же час певні риси свідчать про достатню оригінальність общини як соціального утворення. Це:

– самовідтворення не лише в біологічному сенсі, але й в соціальному;

– особисті, нічим не опосередковані взаємини усередині общини та поза її межами;

– самозабезпечення на базі натурального господарства, поєднання індивідуальної і колективної праці, диференціація останньої залежно від статі та віку;

– єдина самоназва, самосвідомість, усвідомлення спільності, походження;

– єдина релігія, пошанування одного божества, єдині традиції і звичаї.

Община, особливо в східних слов'ян проіснувала тисячоліття і «дожила» до ХХ ст. як соціальне утворення у селянства. Спроба П. Столипіна, голови уряду в російській імперії, ліквідувати общину та запровадити фермерство закінчилася крахом. Причин багато й аналізувати їх недоцільно. Українська община серйозно відрізнялася від російського «мира», і вона зберігалась на всіх етнічних українських землях навіть коли вони входили в різні чужі імперії. (Синонімом назви української общини було поняття «громада»).

Громада або община трактується в українській науці як стійка, здатна до самовідтворення форма суспільної організації людей, для якої характерні колективна власність на засоби виробництва, історично сформований тип, самоврядування, суспільна та ідеологічна єдність, а саме спільні збори, обряди, споруди, функції захисту, регулювання землекористування, виробничо-матеріальних відносин. Громади в праукраїнських племенах наука вже віднаходить у VI столітті нашої ери. Їх диференціюють на види: великосімейна, територіально-великосімейна і територіальна. Кожна з них характеризується патріархальними рисами. В ранньому середньовіччі (I–XI ст.) основною формою незалежної громади виступає верв. У XIV–XVI ст. важливою формою громади виступає волость, яка могла складатися з окремих великих дворич, так і їхніх об'єднань – сіл і селищ. У XVII–XVIII ст. формами територіальної громади були сільські громади та козацькі товариства¹. Незважаючи на те, що на початку ХХ ст. столипінські реформи дали змогу тисячам українських селян виїхати на Далекий Схід (Зелений клин), Поволжя та Західний Сибір, в Україні залишалася громада як первинна адміністративно-територіальна одиниця до 30-х рр. ХХ ст. На «великій» Україні вона була знищена радянською владою в час колективізації, депортацій та голодомору, а на Західній Україні приходом радянської влади. Термін «громада» був дуже популярний в українській еліті. Українська інтелігенція створювала в другій половині ХІХ ст. напівлегальні об'єднання культурницького і суспільно-політичного спрямування під назвою «Громада». Вже в 1859 р. такі громади існували в Полтаві, Києві, Харкові, Одесі, Чернігові, Санкт-Петербурзі, Єлисаветграді. У Львові студенти, гімназисти, семінаристи в 1861–1862 рр. зорганізували «Громаду». Пізніше її осередки були створені в Самборі, Тернополі, Дрогобичі,

¹ Гурбик А.О. Громада, община. Енциклопедія історії України. Київ: Наукова думка, 2004. Т. 2. С. 209.

Бережанах, Станіславові. Термінами «громадський» називали українські часописи: політичний і літературний збірник «Громада» виходив з 1878 р. завдяки зусиллям М. Драгоманова, С. Подолинського і М. Павлика в Женеві (Швейцарія), «Громадський друг» (1878 р., засновники І. Франко та М. Павлик), «Громадський голос» (виходив у Львові з 1895 р. Редактори В. Будзуновський, І. Франко, М. Павлик, Л. Мартович та ін.), «Громадська думка» виходила в Києві з 1906 р. Видавцями були В. Леонтович, Є. Чикаленко, С. Єфремов та ін., «Громадська думка» виходила у Владивостоці з 1921 р. Видавцем і редактором був Т. Ковтун.

Цікавим є питання про диференціацію суспільств (громад) в Україні. Вже вказувалось про т. зв. поземельну громаду чи общину. При класовому і матеріально-діалектичному підході виділяється первісно-общинне, рабовласницьке, феодальне, капіталістичне і соціалістичне суспільство. За державно-політичним критерієм можуть визначатися суспільства українське, польське, французьке, німецьке, канадське, американське та інші. За епохами – аграрне, індустриальне, інформаційне (постіндустріальне) суспільства. Ще можна виділити суспільство традиційне, модерне і постмодерне, споживче, загального благоденства тощо.

Якщо, хоча і не використовувати лінійної схеми в поясненні історії, то все одно суспільство (чи його форми, як громада чи община) передує державі. Самоорганізуючись та інтегруючись, суспільство вдосконалює зовнішні і внутрішні функції та доходить до потреби організувати політичну владу, яка здійснюватиме керівництво суспільством, організує спільну діяльність соціальних груп і окремих людей, забезпечує задоволення загальносоціальних потреб, захист суспільства від внутрішньої дезінтеграції та від зовнішніх посягань (військових, економічних, торгових, територіальних тощо). За допомогою права (традицій, звичаїв), а відтак закону, моральних і релігійних норм держава робить свої веління загальнообов'язковими та такими, що можуть бути підтримані силою примусу. Для держави є характерними публічність, суверенітет, наявність апарату управління і примусу, збирання податків та платежів тощо.

Тобто, створивши державу, суспільство відходить на другий план, передавши державі значну частину функцій. Проте суспільство є тим, хто обмежує державу, перебуває до неї в «позитивній» опозиції, а коли держава (і ті особи, що її уособлюють) занадто підносяться,

притісняють членів суспільства, діють не в їх (суспільства і її членів) інтересах, то суспільство може протестувати, вчиняти акти громадянської непокори, або повставати, ліквідувати державні органи, виганяти чи замінити правителів, змінювати право та інші соціальні норми.

Цікавим є питання про те, коли суспільство стає «громадянським». У філософській, соціологічній і політологічній літературі часто недостатньо диференціюється громадянське суспільство і держава (починаючи виклад матеріалу про громадянське суспільство відразу йде перехід до держави, у т.ч. правової), або пов'язують виникнення громадянського суспільства з капіталізмом, індустріалізмом, лібералізмом. Видається, що громадянське суспільство зароджується як нова якість суспільства при переході від первісності та доісторичності до історичності та державності. Інакше кажучи, громадянське суспільство (як якісна характеристика суспільства) з'являється на історичній авансцені 3–4 тисячі років тому назад (можливо і раніше). Суспільство мусить дозріти, піднятися в своєму розвитку до громадянського, і вже в такому стані творити державу. Між громадянським суспільством і державою впродовж історії складаються партнерські взаємини, взаємини протистояння, конфліктів чи навіть війни (в період всіх революцій). Історія є динамічним і змінним процесом. У ньому взаємини між громадянським суспільством і державою (як і все суще, чи все у соціумі) мають стати творенням, розвитком, апогеєм, занепадом та крахом. Громадянське суспільство існує впродовж історії завжди. Завдяки внутрішнім і зовнішнім обставинам та ролі держави громадянське суспільство може видозмінюватись та занепадати. Однак воно не зникає ніколи. Навіть у періоди тотальної залежності членів громадянського суспільства, людей від держави, правителів, аристократів, олігархів, партократів громадянське суспільство не зникає (хоча може ледь жевріти), а при сприятливих і благополучних обставинах воно спалахує, відроджується, розвивається та бере участь у творенні «нової» держави, часом держави вищого типу. Хоча може мати місце і творення держави недемократичної, антигуманної, тоталітарної.

Ідеї громадянського суспільства знаходимо в описі та аналізі полісу Аристотеля, *societas civilis* Цицерона та в ідеях природного права. Про громадян, спільноту людей, протилежну державі (яка прагне підірвати функціонування громадянського суспільства і піднятися

над ним) писав Ніколо Макіавеллі. На думку Т. Гобса, громадянське суспільство виникає при переході від природнього стану до впорядкованості, коли завдяки державі здобувається спокій і порядок. Джон Локк застосував поняття «держава» і «громадянське суспільство» як синоніми.

У І. Канта ці два поняття теж розглядаються як синоніми. З переходом від Середньовіччя до Нового часу відновлюється активність і діяльність громадянського суспільства та на теоретичному рівні усвідомлення того, що між ним і державою є суттєва різниця. І. В.Ф. Гегель у «Філософії права» довів принципову відмінність (хоча і взаємодію) громадянського суспільства і держави. Інтереси громадянського суспільства мають охоронятися державою через прийняття відповідного законодавства, діяльність суду і поліції. Філософ вважає, що без держави та її інституцій громадянське суспільство не може себе захистити та реалізувати свої функції. Уважаємо, що праця мислителя тільки часткова. Історія насичена прикладами, коли громадянське суспільство саме захищає себе та ще й творить спеціальні структури та інституції (зокрема силові).

У період Нового і Новітнього часу, незважаючи на багатоманітні трактовки взаємин громадянського суспільства і держави, професор Вестмінстерського університету Джон Кін виділяє три головні:

- демократичний;
- ліберальний;
- марксистський.

Демократичний підхід полягає у сприйнятті громадянського суспільства і держави без ностальгії за минулим. І звернення до нього полягає в забезпеченні більшої демократії в теперішньому і майбутньому. Демократичний підхід базується на живій демократичній пам'яті та може нагадати про «вічні» проблеми політичного і соціального життя. Демократична теорія культивує живу пам'ять та згладжує суперечності між так званими «лівими» і «правими» підходами. Традиційно вважається, що «праві» проявляють ностальгію за минулим, а «ліві», опираючись на сучасне, з оптимізмом дивляться у майбутнє. Демократичний підхід переборює такі односторонні підходи. Громадянське суспільство і держава, їх взаємини сприймаються в динаміці, взаємодії, історичній тягlostі та з перспективою розвитку у майбутньому. Історія ліберальної трактовки громадянського суспільства і держави від XVII ст. і до XX ст. полягає в намаганнях виправдати

могутність і право, політичну владу і закон, обов'язки підданих і права громадян. Виділяється кілька видів розмежувань сфер держави і громадянського суспільства та установа меж легітимної діяльності держави. В першому варіанті держава розглядається як повне заперечення громадянського суспільства (Боден, Гоббс, Спіноза), в другому громадянське суспільство має природний характер, держава не приходить йому на зміну, а зобов'язана захищати його та виступати знаряддям реалізації свободи та рівності (Пуфендорф, Кант, Фергюсон та ін.).

Третій варіант полягає в тому, що держава сприймається як неминуче зло, а громадянське суспільство як безумовне благо. Держава – це суспільна влада, делегована заради загальної користі громадянським суспільством. І чим досконаліше громадянське суспільство, тим у більшу міру воно само управляє власними справами і тим менше можливостей залишає державі. Тут проглядається діада: «чим вільніше суспільство, тим простіша держава» чи «чим несвободне суспільство, тим складніша держава» (Томас Пейн, Біорк).

За четвертим варіантом завдання держави полягає в тому, щоб охороняти громадянське суспільство, ставати над ним і ставити йому межі. В громадянському суспільстві вбачається не природний стан свободи, а історичне облаштування морального життя, яке охоплює економіку, суспільні групи, інститути, що відповідальні за виконання цивільного права і соціальне забезпечення. Держава не є запереченням громадянського суспільства і не перебуває в стані постійної війни з ним, але і не є інструментом його вдосконалення. Держава ставить межі громадянському суспільству та охороняє його незалежність з метою перетворення із «формальної спільноти» в «органічну реальність». Громадянське суспільство потребує інституційно відокремленої суверенної держави і одночасно створює для цього необхідні умови, а держава об'єднує частину громадянського суспільства у самовизначне ціле і тим самим піднімає моральне життя до всеохоплювальної, вищої єдності (Гегель).

У п'ятому варіанті домінують міркування, що нові форми втручання держави пригнічують громадянське суспільство. Вказується, що громадянське суспільство є самоорганізована, гарантована законом сфера, котра не перебуває в безпосередній залежності від держави. Остання (що характерно для епохи модерну) є «всенародно обраним деспотизмом». Важливим є питання як зберегти тенденцію

руху до рівності, як і які поставити перепони на шляху зловживання державною владою, як не допустити поглинання громадянського суспільства державою та позбавлення громадян їх прав і свобод (Джон Стюарт Мілль, Шарль Алексіс Токвіль).

Марксистський підхід до громадянського суспільства полягає в тому, що громадянське суспільство виникає і відділяється від держави в епоху модерну (за марксизмом – у капіталістичній суспільно-економічній формації), і проблеми взаємозв'язку і взаємодії їх має місце лише в рамках обмеженого історичного періоду. Сам термін «громадянське суспільство» означає історично установлене панування буржуазії над пролетаріатом, яке набуло форм «позаполітичних» відносин між капіталом та найманою працею. Тому громадянське суспільство не лише за змістом, але й за формою є буржуазним. Громадянське суспільство – це сфера товарного виробництва, забезпечена державою з приватною власністю, скаженою ринковою конкуренцією і приватними інтересами.

Наведений марксистський підхід може бути спростований. Марксизм розуміє громадянське суспільство в епоху модерну через призму політекономічних теоретичних конструкцій. Він зводить державу лише до форми політичної організації буржуазії. При цьому тенденції розвитку держави, соціальна стратифікація, групові організації, конфлікти і напрями розвитку громадянського суспільства жорстко прив'язуються до логіки і суперечностей способу виробництва – капіталістичної економіки. Ігноруються роль і значення інститутів громадянського суспільства: сімей, церкви, наукових, літературних об'єднань, громад тощо. Уважається, що їх роль безпосередньо пов'язана із домінуючою владою «капіталізму». За марксизмом будь-яка форма правління, соціальна і політична несправедливість впливають із інституту приватної власності на засоби виробництва. Тому, щоб раз і назавжди покінчити з бідами і несправедливостями, треба знищити до основ капіталістичний лад. Ще одне критичне зауваження щодо марксистського тлумачення розмежування громадянського суспільства і держави, яке, як і викладене вище, характеризується жорстким редукціонізмом: залишається поза увагою, що поява терміна «громадянське суспільство» датується набагато раніше, ніж поява і розквіт буржуазії, а саме в класичній та середньовічній політичній думці. На початку епохи модерну розмежуванню громадянського суспільства і держави надавалось багато різних значень, які мали

відношення до політичної проблеми – як і при яких обставинах можливий контроль над державною владою і її легітимацією¹. Узагальнюючи наведене вище, видається, що так звані демократичний підхід і марксистський мають певні огріхи. Не ідеальним є і ліберальний підхід, однак із урахуванням сучасної епохи та наших національних обставин він є нам найближчим.

Громадянське суспільство в Україні, незважаючи на наявність у ньому загальних характерних рис, має і певну специфіку. Як вже вказувалось вище, важливими інститутами громадянського суспільства стародавньої Русі-України були сім'я, громада (община), верв (як різновид громад у селах і містах), загальні народні збори (віче). Ці інститути в русичів-українців існували вже з VI ст. нашої ери. Можливо і раніше, швидше всього так і було, та історична наука не має про це відомостей. Чи можна стверджувати, що прихід на Русь варягів привів до створення Давньоруської держави спочатку в Новгороді і пізніше в Києві? На наш погляд, варяги ніякі не германці чи прашведи, а вихідці з балтійських слов'янських племен. Вони були прийняті русичами, оскільки ні мовних, ні релігійних, ні інших традицій і звичаїв у них не було. А чи було самоуправне суспільство на Русі до приходу варягів громадянським? З невеликими застереженнями слід на це запитання відповісти ствердно. Виходить, що з незапам'ятних часів (а не лише з VI ст.) суспільство (громадянське) на Русі здійснювало функцію соціального управління на рівні громади, племені, міжплемінних утворень (останні мали тимчасовий характер). Князі на Русі спочатку як керівники дружин, вожді військових ополчень при конфліктах і війнах з іншими племенами та народностями поступово ставали і суспільними лідерами, відтісняючи громадянське суспільство і його інститути. Громадянське суспільство, особливо в кризових ситуаціях, проявляло себе чи то міняючи князів, чи навіть повставало проти існуючої влади. Слід виділити активність громадянського суспільства в період творення братств (XVI ст.), боротьбу за церковну унію чи проти неї, в період низки повстань, починаючи від Северина Наливайка і до національно-визвольної революції під проводом Богдана Хмельницького, в період відновлення української держави та визвольних змагань 1917–1921 рр., національно-визвольної боротьби в 40–50 рр. XX ст., підйому дисидентського руху в 60–70 рр., змагань за відновлення української держави в кінці 80-х – по-

¹ John Keane. Democracy and Civil Society. London: University of Westminster, 1998.

чатку 90-х рр. У фундаментальному підручнику «Основи демократії» за загальною редакцією Антоніни Колодій ця авторка стверджує, що процес зростання громадянського суспільства переважно спонтанний, що свідомі зусилля можуть бути спрямовані на сприяння його розвитку (очевидно, громадянського суспільства), але не на будівництво за певним раціональним планом¹. Незважаючи на безсумнівні заслуги авторки в реалізації канадсько-українського проекту, результатом якого і був вихід цієї фундаментальної праці, видається, що наведена теза викликає сумніви чи навіть заперечення. Застосування діалектичної методології (за Г. В. Ф. Гегелем) дає змогу у всякій події, явищі побачити її протилежність. Процес зростання громадянського суспільства в кінці 80-х рр. в Україні був закономірний та неминучий з огляду на зовнішні фактори (поразка СРСР у третій світовій «холодній» війні), протистояння тоталітаризму та відродження незалежності і суверенітету у державах Східної Європи та Прибалтики.

Внутрішні причини відновлення громадянського суспільства та його активності в Україні ніяк не спонтанні, не випадкові. Незважаючи на колосальні репресії проти українців, їх громадянського суспільства в ХХ ст. вони – і люди, і суспільство – постійно відроджувались, піднімались «на ноги» і ставали до боротьби. Так було в 20-і рр. і 40–50 рр. (переважно на Західній Україні), так було в 60–70-і рр. та в кінці 80- початку 90-х рр. в Україні. Саме громадянське суспільство, його відроджені інститути (громадські об'єднання, рухи, такі як «Товариство Лева», «Студентське братство», «Товариство української мови», «Народний рух за перебудову») піднялися на боротьбу за визволення та творення незалежної, суверенної української держави. І цей процес був з історичної перспективи нетривалий час – якихось 3–4 роки. І відродження, і підйом українського громадянського суспільства та творення ним національної держави, незважаючи на рішучі дії – мітинги, «ланцюги», акції шахтарів, «революції на граніті» були лише результатом того, що протягом ХХ ст. проявлялося у свідомості української нації та в творенні нею громадянського суспільстві. Наступний спалах активності громадянського суспільства мав місце в листопаді – грудні 2004 р. у період «Помаранчевої революції». Сотні тисяч (а можливо і мільйони людей) виступили на київському Майдані Незалежності та на майданах в інших містах з критикою тогочасної влади, що призвело до її заміни більш демократичними силами. Наступний спалах

¹ Основи демократії: підручник / за заг. ред. А. Ф. Колодій. Львів : Астролябія, 2009. С. 146.

активності спостерігався під час революції Гідності в 2013–2014 рр. Громадянське суспільство, його інститути (партії, самодіяльні організації) підняли народ проти чинної влади, яка призупинила процес європейської інтеграції України та змусили тих, хто був при владі, втікати з України. Перемоги на майданах, починаючи із «сидіння на граніті» і до майдану 2013–2014 рр. безспірно дали позитивний ефект в поступі України до демократії, незалежності та інтеграції з Європою, хоч ці перемоги не були пізніше належно закріплені, не всі клятвені обіцянки політиків, яких майдани підняли на п'єдестал влади, були виконані. Наступний спалах активності громадянського суспільства проявився з весни 2014 року, особливо у лютому 2022 р., у зв'язку з початком повномасштабної війни росії проти України. Показовим є те, що ці дії сусідньої держави були сприйняті як агресія, прагнення анексії українських територій, нав'язування Україні статусу васала та другорозрядного російського сателіта. Придумані ідеологами формули «руський мир» замість «Москва III Рим», «росіяни, білоруси, українці – єдиний народ», «українців ніколи не було, немає і не буде», «українську державу створив помилково в сучасних кордонах Ленін» і більшовики «росіян і російськомовних в Україні обмежують і переслідують» тощо. Ці «винаходи» російської пропаганди, на жаль, вплинули на населення рф, бо до 70% з них підтримують агресію проти України. Однак очікуваний росіянами ефект не мав місця в Україні. Лише незначний процент зденационалізованих «советских людей» в Україні, особливо на Донбасі, підтримав агресора. Український народ, який складається з людей різних національностей, у т.ч. з етнічних росіян, став на захист суверенітету, незалежності та територіальної цілісності. Показовим є те, що першими, поки держава та її структури оговтувалися від віроломного нападу, анексії Криму та сепаратизму на Донбасі, виступили проти російської експансії багаті люди, часом не українського етнічного походження. І першим це зробив, за словами професора Володимира Сергійчука, дніпровський бізнесмен і промисловець Ігор Коломойський. За його гроші були створені добровольчі батальйони, які першими разом із патріотичними національними військовими формуваннями виступили проти донецьких сепаратистів і зупинили просування їх на захід. Війна проти України спричинила важкі руйнування, масову еміграцію, біженство, порушення комунікацій та великі жертви серед військових та мирних жителів. У той же час ідеї незалежної, суверенної Української держави, їх значення, прийняття свідомістю

мільйонів людей стало фактом. Народ сконсолідувався як ніколи, патріотизм став потребою та піднявся до небувалих висот. Українцями визнають себе і позиціонують такими мільйони. Немає ніяких проблем у взаєминах між представниками різних етносів, народностей і націй, зникло нерозуміння та й деяке відчуження між європейцями і українцями. Такі позитивні зміни зумовлені тією трагічною ситуацією в яку потрапили українці, та буттєвою суперпроблемою: бути чи не бути Україні та українцям.

Перед Україною, громадянським суспільством і кожним українцем постали надзвичайні, колосальні, екзистенційні виклики (екзистенційність від латинського *existentia* – існування). Екзистенціалізм – напрям у сучасній філософії, започаткований під час і після Другої світової війни, для котрого характерна антропологічна орієнтація, а центральними проблемами є буття, сенс життя, індивідуальна свобода, відповідальність. Людське існування в історичному сенсі виражається згідно з постулатами екзистенціалізму в тому, що воно завжди знаходить себе у певній ситуації. Індивід як мисляча і страждальна істота є «закинutoю» в світ речей та інших людей, у світ байдужий і ворожий, неосягнутий у своїй скритності та прагне «придавити» індивідуальність, зробити її частиною загального безособового буття. В той же час «існування» людини скеровує її прагнення вийти за встановлені чи наявні межі. Належність людини до певного стану, класу чи народу, наявність в індивіда біологічних, психологічних, генетичних та інших якостей – все це є емпіричним початковим виразом екзистенції того, що вона є «буття-в-світі». Тимчасовість, «ситуативність» й історичність екзистенції є невід’ємними рисами її кінечності. Зародки екзистенціалізму віднаходяться в Стародавній Греції. Продовжуються ідеї екзистенціалізму в період Просвітництва. В Новий час екзистенційні ідеї, особливо як моральне ставлення до буття, віднаходимо в середині XIX ст. у датського філософа Серена К’єркегора, дещо пізніше в німецького філософа Едмунда Гуссерля. До екзистенціалізму як філософської течії відносяться такі філософи, як М. Гайдеггер, К Ясперс, Ж.–П. Сартр, А. Камю, Г. Марсель, М. Бубер, Н. Аббаньяно, Е. Пачі. Філософія екзистенціалізму базується на критиці раціоналізму, експансії, песимізму та тотальному розчаруванні в час і після Другої світової війни.

Екзистенціалізм протиставляє раціоналістичній позиції «*de jure*» позицію «*de facto*», де вбачається конкретна людина, а не набір

абстракцій. Слід підкреслити, що сучасна українська юриспруденція і в теорії, і на практиці все менше бачить людину. І якщо в педагогіці і психології почав домінувати людиноцентризм, то в юриспруденції бачимо певний відхід від нього. Незважаючи на акценти на індивіді, усвідомленні крихкості, конечності, тривоги за майбутнє, екзистенціоналізм не ізолює людину від світу, соціуму і ставить питання не лише про свободу індивіда, але й про його відповідальність та обов'язки.

Онтологічні проблеми буття людини і соціуму в XXI ст. розглядаються в книзі «Громадянське суспільство в епоху невизначеності. Інституції управління та екзистенційні виклики», яка вийшла під редакцією Пола Чейні та Яка Ріс Джона в Брістолі в 2022 р.

Автори до екзистенційних викликів громадянському суспільству в XXI ст. відносять:

- революцію та brexit;
- жорстку економію;
- міграцію;
- зростаючий цифровий розрив;
- надання соціальної допомоги;
- пандемію COVID-19;
- загрозу мовам;
- загрозу культурі меншин.¹

Наведені екзистенційні виклики громадянському суспільству у XXI ст. мають свої прояви і щодо України та українського громадянського суспільства. Однак є і своя специфіка, пов'язана з історичним розвитком країни та агресивною війною росії проти України.

Екзистенційними в Україні викликами для громадянського суспільства є:

- національна ідентичність української нації;
- наявність української мови як окремої та особливої;
- наявність більше ніж тисячолітньої історії української держави та української нації;
- економічні проблеми, викликані внутрішніми та зовнішніми причинами;
- прояви недовіри до влади та вищих посадовців;
- результати пандемії COVID-19;

¹ Chaney Paul and Rees Jones, editors. *Civil Society in an Age of Uncertainty: Institutions, Governance and Existential Challenges*. 1st ed. Bristol University Press, 2022. Jstor, <https://doi.org/10.2307/ctv2z8617n> (дата звернення: 07.08.2023).

- масова еміграція з України;
- «внутрішні» та «зовнішні» біженці з України;
- війна росії проти України та її наслідки.

Національна ідентичність чи її заперечення російськими очільниками та тотальною російською пропагандою завдавали впродовж трьох десятиліть непоправну шкоду суверенітету і незалежності України. Російська історіографія спочатку реанімувала ідею «Москва – Третій Рим» та концепцію «колиски трьох братніх народів» з перекрученнями чи прямою фальсифікацією історії, адже русичі-українці з'являються на авансцені історії вже у VI ст., а так звані росіяни чи, швидше, московити в результаті міжплемінного синтезу тюркських, монгольських, угро-фінських племен на чолі із слов'янською елітою не раніше XIV ст. у Заліссі, Ростові-Суздальській землі. Напевно в Києва більше підстав уважати себе «Третім Римом», оскільки син Ярослава Мудрого Всеволод був одружений на дочці (чи племінниці) візантійського імператора Костянтина IX Мономаха Марії (Анні).

Українська нація формувалася протягом століть між Дністром і Дніпром з самоназвою «русь», «русичі» та з назвою території, на якій вона інтегрувалась із племен полян, деревлян, дулібів, тиверців тощо. Цей процес тривав довго і вже в XVI–XVII ст. можна вести мову про єдиний руський (український) народ. Ще один факт – після татаро-монгольської навали північні землі Русі (чи її колонії) до 1480 р. були у васальній залежності від монгольських улусів та платили данину їх правителям. Центр ж власне руських земель перемістився на Захід – у Галич і Львів, яким він залишався впродовж століття. Значна частина руських земель (Волинь, Полісся, Поділля, Київщина) ввійшли до складу Великого литовського князівства, яке за суттю було русько-литовським, оскільки литовські племена становили не більше чвертини населення цієї держави, а решта були русичі (сучасні українці і білоруси). Поширеною мовою була руська, як і законодавство (Литовські статuti 1529, 1566, 1588 рр. створені на базі «Руської правди»). З часів Люблінської унії 1569 р. між Польщею і Великим князівством на руських (українських) землях поширюється польський вплив.

Українська мова піддавалась гонінням у російській імперії і в СРСР упродовж трьох останніх століть. При Петрі I започаткована русифікація України. Катерина II у 1783 р. заборонила викладання українською мовою в Києво-Могилянській академії. В 1863 р. розпо-

рядженням міністра внутрішніх справ російської імперії П. Валуєва «призупинено» видання навчальної і релігійної літератури українською мовою. У цьому циркулярі стверджувалось, що «ніякої мало-російської (української – М. К.) мови не було, немає і бути не може», а що це – російська мова, зіпсована поляками. У 1876 р. розпорядженням російського імператора Олександра II («освободителя») у м. Емс (Німеччина) виданий указ, спрямований проти української культури і мови. Заборонялось видання творів українською мовою, переклади на українську мову з інших мов, увезення українських видань з-за кордону, сценічні вистави та публічні читання українською мовою, навіть тексти для нот. Навіть у початкових школах українська мова була заборонена.

У радянський період центральні московські правителі загравали з Українською СРР, оскільки на колишніх теренах російської імперії українці чинили найбільш організований спротив більшовикам. Та й в Україні діяли в період визвольних змагань Українська комуністична партія та Українська соціально-революційна партія (боротобистів), які потім приєдналися до КП(б)У. У листопаді 1919 р. з подачі українських більшовиків на VIII Всеукраїнській партконференції ухвалено рішення про те, що члени РКП(б) на території України повинні проводити право трудящих учитися й розмовляти в усіх установах рідною мовою. Нагадаю, що це був період другої більшовицької окупації України. В квітні 1923 р. відбувся XII з'їзд РКП(б), який затвердив політику «коренізації» в союзних республіках, яка полягала в ширшому залученні в партійні і радянські органи представників корінних неросійських народів.

В Україні ця політика дістала назву «українізація». Так, у 1923 р. питома вага українців в державному апараті становила лише 35%. Основна маса службовців у наркоматах (міністерствах) складалася на 40% з євреїв, 37% – з росіян і 14% – з українців. У результаті українізації питома вага українців серед службовців у державному апараті зросла до 50%. Українізація передбачала запровадження української мови у партійному і державному апараті, у школах, технікумах, вищих навчальних закладах. Українізація тривала десятиріччя. За цей час вирости й професійно зростали десятки тисяч представників української інтелігенції. На початку 30-х рр. проти них почалися масові репресії та звинувачення в «ухильництві» та націоналізмі. Тисячі з них були знищені та вислані в концентраційні табори. Ще цей пері-

од називається «Розстріляним відродженням»¹. Московський більшовицький режим дав змогу піднятися і розвинутися українській духовній еліті, фактично виявив її, а потім знищив.

Нова відлига в Україні і нова хвиля українізації почалася після смерті Сталіна. В червні 1953 р. звільнений з посади перший секретар ЦК КПУ Л. Мельников, звинувачений у русифікації вищої школи та дискримінації місцевих кадрів у Західній Україні. Вищим партійним керівництвом України вперше з 1917 р. став українець О. Кириченко. До партійної і радянської влади стали приходити українці. З 1956 р. було реабілітовано мільйони людей з України. Однак як і перший, так і другий процес українізації тривав недовго. В листопаді 1958 р. ЦК КПРС опублікував тези про реформу освіти, серед яких були і такі, що містили положення про те, що батьки мають самі вибирати якою мовою мають вчитися їхні діти. Деякі українські партійні і державні керівники вважали, що українська мова має залишатися обов'язковою для вивчення навіть у російських школах. Проти виступила і громадськість республіки, провідні діячі культури, освіти, науки. Все ж у 1958 р. Верховна Рада СРСР прийняла новий шкільний закон, проігнорувавши вимоги громадськості союзних республік, зокрема української.

Виступи української громадськості на чолі з інтелігенцією проти русифікації, яка насувалась, змусили навіть вищих партійних і державних керівників підняти свій голос на захист української мови. Зокрема, перший секретар ЦП КПУ П. Шелест висловлювався на захист української мови (правда йому це пригадали в епоху «застою» та усунули від посади). В середині 60-х рр. відбулося поширення української мови у вищій школі. З восьми університетів в Україні лише один був повністю україномовний (Львівський), а один здебільшого україномовний (Київський). У 1965 р. Міністерство вищої і середньої освіти УРСР розіслало інструктивний лист із завданням перевести на українську мову навчання у вищих і середніх навчальних закладах. Вказівка Міністерства не виконувалась через саботаж у самих закладах та при сприянні цьому місцевої влади. З 1958 р. почало різко зменшуватися число шкіл з українською мовою навчання. В Донецьку (тоді Сталіно) в російських школах вчилася 98% учнів, Харкові 87%, Одесі 87%, Горлівці 91,3%. У Кримській області (май-

¹ Кульчицький С.В. Україна між двома війнами (1921–1939 рр.). Київ : Альтернативи, 1999. С. 102–120.

бутній АР) було лише три українські школи, де навчалися більше 600 учнів. Не кращий стан був з книговидаванням – у 1963 р. лише 4,3% книг були видані українською мовою¹.

Явний наступ на українство, українську мову і культуру привів до активізації дисидентського руху. В 60-х рр. ХХ ст. в Україні з'явилася значна кількість літераторів, учених, митців, які своєю діяльністю і творами намагалися відроджувати українську мову, культуру, національну свідомість. Із 1963 р. почалися ідеологічні звинувачення в націоналізмі, а потім і судові репресії. Правда на цей раз без розстрілів.

Так що російська боротьба проти української мови справа не нова. З перших років незалежності України російський офіціоз та проросійські сили в Україні, у т.ч. суб'єкти громадянського суспільства – ліві політичні партії, стали боротися проти української мови як державної, вимагати двомовності крім української, ще й російської державної мови (а чому лише російської, адже в Україні проживає ще й десятки інших національностей). Боротьба проти української мови стала популістським інструментом у гібридній війні проти України. Однак з переходом в «гарячу» фазу цієї війни стало зрозуміло, що справа не в мові, тим більше що ніякого приниження інших мов в Україні немає. Справа у глобалістських амбіціях та імперіалістичних устремліннях росії. Якісь наявні непорозуміння у мовній сфері будуть у майбутньому усунені. Сьогодні захисники України на фронті користуються і російською мовою і ніхто не робить з цього проблеми. Так що мовне питання не «*casus belli*» (привід для війни), а надумане, спекулятивне положення для виправдання агресії і війни.

Серед екзистенційних викликів для України важливе онтологічне значення має війна росії проти України та її наслідки.

Проблема цієї війни не сьогоднішня. Причини війни глибинні і сягають у далеку історію. Війни між русичами (українцями) та попередниками московської народності тривають з ХІІІ ст. Неодноразово вони спалахували тоді, коли русичі (українці) перебували в складі Великого Князівства литовського. Слід нагадати, що українські козаки на чолі з П. Конашевичем-Сагайдачним брали участь в угамуванні московської смути на початку ХVІІ ст. Після т.з. «возз'єднання» України з московією в 1654 р. і до дій Івана Мазепи мали місце військові дії і навіть війни з московією.

¹ Баран В.К., Даниленко В.М. Україна в умовах системної кризи (1946–1980 рр.). Київ: Альтернативи, 1999. С. 67–75, 131–134.

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

Вже на початку ХХ ст. у часи визвольних змагань московські більшовики в 1918–1920 рр. тричі окупували Україну і один раз це зробили «білі» на чолі з А. Денікіним. Можна тільки подивуватися прозорливості В.Г. Короленка, який в листі до М. Горького стверджував, що російська демократичність закінчується там, де починається українське питання. Мав рацію Збігнев Бжезинський, який писав, що російська імперія без України не зможе відновитися, тому що в неї не буде історичного, культурного, політичного закорінення, тому що не буде спокійних, виважених, послідовних і терплячих трудівників, якими є українці, тому що не буде демократизму як бродильної субстанції в московському «плавильному котлі», в якому прагнули виплавити «єдиний советский народ» тощо. Московські правителі отруїли свідомість свого народу лютю, ненавистю, злобою до України і українців, сформували бар'єр, який не може подолати більшість населення росії – те, що інші народи і нації не хочуть жити під московським диктатором, а прагнуть свободи і розвиватися вільно серед інших народів світу. Маючи величезні території, землі з найбільшими багатствами світу, ріки, озера і моря з колись найчистішою водою, знаменитою флорою і фауною вони не можуть навести лад на цих територіях і в менталітеті залишається одвічне номадівське – відібрати, пограбувати, вкрати, вбити, знищити. Інші народи, малочисельні на невеликих територіях, досягли процвітання, максимального благополуччя, свободи, справедливості. Правителі в москві і надалі тримають свої народи в ярмі, несвободі та агресивній настанові проти інших народів.

Війна проти України рано чи пізно закінчиться. І український народ впорається з сучасними екзистенційними викликами і вийде з цієї трагічної ситуації оновленим, зінтегрованим і вільним.

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей: злободенний виклик для України

З початку широкомасштабного вторгнення російської федерації (далі – рф) на територію України виникла проблема незаконної депортації українського населення з територій окупованих російськими вій-

ськами областей, а також з Криму до рф та республіки білорусь (далі – рб). Часто вона здійснювалася під приводом гуманітарної евакуації. Однак відмінною ознакою евакуації є її офіційна організація представниками української влади, яка не може бути здійснена в країну-агресор. Крім того, організація такої евакуації в жодному випадку не може розглядатися як добровільна, якщо вона здійснюється за умов, коли цивільне населення вимушене в умовах фізичного чи психічного примусу покидати місця їх постійного проживання. У Спеціальній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо додержання прав осіб, які постраждали внаслідок збройної агресії російської федерації проти України (за період 24 лютого – 31 жовтня 2022 року), виокремлюються поняття примусу до депортації чи переміщення, під яким розуміється «створення умов, коли цивільне населення відчуває страх перед насильством або загрозу затримання чи зловживання владою або інші форми психологічного насильства»¹.

Водночас у разі правомірності намірів здійснення такої «евакуації», заявлених російською стороною, нею слід було б ужити усіх заходів щодо повернення дітей як громадян України, що виключає їх примусову асиміляцію, яка здійснюється різними способами, зокрема через функціонування системи спеціальних «таборів перевиховання» з елементами мілітаризації, а також шляхом розміщення українських дітей у прийомні сім'ї та їх усиновлення. Відповідно до міжнародних зобов'язань рф мала б діяти згідно із вимогою статті 49 Конвенції про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 р. (так званої Четвертої Женевської конвенції): «Відразу після здійснення переміщень або евакуації про них слід повідомити державі-покровительці»².

На жаль, з початку повномасштабного вторгнення рф на територію України на національному законодавчому рівні не був відразу прийнятий нормативно-правовий акт щодо евакуації дітей із зони бойових дій, що не дало можливості їх своєчасного захисту.

¹ Спеціальна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо додержання прав осіб, які постраждали внаслідок збройної агресії російської федерації проти України (за період 24 лютого – 31 жовтня 2022 року). С. 83. URL: https://rada.info/upload/users_files/21054106/07d383c8d770f41a9903b0c58f898589.pdf (дата звернення: 08.08.2023).

² Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. (Geneva Convention IV). 12 August 1949. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/geneva-convention-relative-protection-civilian-persons-time-war> (дата звернення: 07.08.2023).

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

Досліджуючи реальні мотиви такої депортації, слід виділити наступні аспекти:

1. Дітей дошкільного віку часто реєструють за новими персональними даними, змінюючи прізвище, ім'я та по батькові. При цьому діти, не усвідомлюючи наслідків таких дій, не заперечують та навіть погоджуються на будь-яке запропоноване їм ім'я. Ця зміна розрахована насамперед на те, що таку дитину буде майже неможливо знайти за базами даних, а тим більше після її усиновлення на території рф.

2. Діти є жертвами та одночасно свідками воєнних злочинів. І чим старшою є дитина, тим чіткішим і свідомішим є її уявлення про злочинність дій російських військових, зокрема вбивство, катування, фізичне (сексуальне) насильство щодо батьків, рідних, знайомих тощо.

3. Слід звернути особливу увагу, що в ході такої протиправної діяльності старшим підліткам змінюють дати народження в бік збільшення їх віку, що робиться з метою вільного вивезення їх до таборів без згоди батьків. У свою чергу, це значно ускладнює повернення в Україну дітей, яким за документами, виданими у рф, вже виповнилося 18 років, особливо хлопців, які, потрапивши на територію рф, підпадають під призов до армії.

4. Насторожує також подальша доля українських дітей, яких ввозили під приводом «диспансеризації», що передбачає медичне втручання в їх організм вже на території рф. Це актуалізує проблему незаконного донорства-трансплантації та залучення таких дітей до експериментальної діяльності у сфері трансплантації анатомічних матеріалів людини.

Важливо встановити, чи не було щодо українських дітей вчинено будь-яка з форм насилля, як фізичного (зокрема сексуального), так і психічного, а також чи застосовувалася дитяча праця, чи мав місце примус та інші тяжкі міжнародні злочини, такі як залучення до дитячої проституції та порнографії. У цьому ж контексті актуалізується проблема торгівлі дітьми.

5. Викорінення української ідентичності шляхом русифікації майбутніх поколінь українців. Наступним кроком для цього стала асиміляція українських дітей з російським суспільством шляхом зміни їх громадянства, що, у свою чергу, легалізує процедуру їх подальшого усиновлення російськими громадянами.

Відповідно до частини 1 статті 165 Сімейного кодексу рф при усиновленні (удочерінні) на території російської федерації громадянами

російської федерації дитини, яка є іноземним громадянином, необхідно отримати згоду законного представника дитини та компетентного органу держави, громадянином якої є дитина, а також якщо це вимагається відповідно до законодавства зазначеної держави, згода дитини на усиновлення. Тому за участі уповноваженої при президентові рф з прав дитини М. Львової-Белової у процесі нормотворчості були створені нові «правові» підстави для легалізації усиновлення українських дітей громадянами рф за прискороною та спрощеною процедурою, яке незабаром відбулося за її сприяння після прийняття змін до російського законодавства, щоб уникнути труднощів, пов'язаних з усиновленням дитини-іноземця. Саме такі її дії, а саме насильницька передача дітей з однієї людської групи в іншу і становлять складову злочину геноциду. «Тепер, коли діти стали російськими громадянами, тимчасова опіка може стати постійною», – заявила М. Львова-Белова¹.

Так, 30 травня 2022 р. указом президента рф «Про внесення змін до Указу Президента Російської Федерації від 24 квітня 2019 року № 183 про визначення гуманітарних цілей категорії осіб, які мають право звернутися із заявами про прийняття до громадянства Російської Федерації у спрощеному порядку та Указу Президента Російської Федерації від 29 квітня 2019 року № 187 про окремі категорії іноземних громадян та осіб без громадянства, які мають право звернутися із заявами про прийняття до громадянства Російської Федерації у спрощеному порядку» був запроваджений спрощений механізм набуття російського громадянства мешканцями тимчасово окупованих територій Херсонської та Запорізької областей України. Зокрема йшлося про спрощене набуття громадянства рф дітьми-сиротами, дітьми, залишеними без батьківського піклування, а також недієздатними особами, які мають українське громадянство. Зазначений указ передбачає доповнення попередніх указів стосовно набуття громадянства рф у спрощеному порядку пунктом 1¹ наступного змісту: «Встановити, що діти-сироти та діти, що залишилися без батьківського піклування, недієздатні особи, які є громадянами Донецької Народної Республіки, Луганської Народної Республіки або України, набувають громадянства Російської

¹ The missing children of Ukraine. An investigation of the EBU Investigative Journalism Network. Reporting by Mahsa Aminolahi, Emiliano Bos, Derek Bowler, Jenny Hauser, Thais Porto-Zenklusen, Pilar Requena, Alla Sadovnyk, Agnes Vahramian. Additional content provided by RTBF (Belgium) and Yle (Finland). Project management: Belén López Garrido. URL: <https://missingchildreukraine.news-exchange.ebu.ch/the-missing-children-of-ukraine/index.html> (дата звернення: 07.08.2023).

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

Федерації у спрощеному порядку відповідно до частини восьмої статті 14 Федерального закону 31 травня 2002 року номер 62-ФЗ «Про громадянство Російської Федерації». Крім того, указом передбачено доповнення його пунктом 1², в якому зазначено перелік осіб, уповноважених звернутися із заявою про прийняття до громадянства рф, зокрема: «а) опікун дитини, її піклувальник або опікун недієздатної особи, які є громадянами Російської Федерації, ДНР, ЛНР або України, за винятком випадку встановлення опіки та піклування на підставі спільної заяви батьків про призначення їх дитині опікуна чи піклувальника на період, протягом якого з поважних причин вони не зможуть виконувати свої батьківські обов'язки; б) керівник організації для дітей-сиріт та дітей, що залишилися без батьківського піклування, яка розташована на території ДНР, ЛНР, Запорізької області України або Херсонської області України, якщо дитина поміщена під нагляд в таку організацію, за винятком випадку, коли дитину помістили в таку організацію тимчасово, на період, протягом якого батьки, усиновителі, опікун або піклувальник з поважних причин не можуть виконувати свої обов'язки; в) керівник освітньої організації, медичної організації або організації, що надає соціальні послуги, які знаходяться на території ДНР, ЛНР, Запорізької області України, в Херсонській області України, якщо недієздатна особа поміщена під нагляд у таку організацію за винятком випадку, коли недієздатна особа поміщена в таку організацію тимчасово з метою отримання освітніх, медичних, соціальних чи інших послуг або з метою забезпечення її тимчасового проживання на період, протягом якого опікун з поважних причин не може виконувати свої обов'язки щодо недієздатної особи; г) керівник органу опіки та піклування, що виконує обов'язки опікуна чи піклувальника щодо дитини». Варто знову наголосити, що всі зазначені особи є співучасниками цього злочину.

Про порушення рф «фундаментальних принципів захисту дітей під час війни» в контексті зміни їх громадянства та передачі на усиновлення заявив 27 січня 2023 р. Верховний комісар ООН у справах біженців Ф. Гранді. Він підкреслив, що у ситуації війни неможливо визначити, чи є у дітей сім'ї, чи опікуни. І тому, поки це не буде з'ясовано, не можна надавати їм інше громадянство або усиновити їх іншою сім'єю¹. При цьому Верховний комісар ще раз наголосив

¹ U.N. refugee chief: Russia violating principles of child protection in Ukraine. Jan 27, 2023. *Reuters*. URL: <https://www.reuters.com/world/europe/un-refugee-chief-russia-violating-principles-child-protection-ukraine-2023-01-27/> (дата звернення: 07.08.2023).

на проблемі відсутності доступу міжнародних організацій на територію рф.

Утім зміна громадянства українських дітей росіянами розпочалася ще 2014 р. після незаконної анексії Криму, коли було започатковано російський проєкт «Потяг надії», за яким рф незаконно вивозила звідти українських дітей з метою їх подальшого усиновлення, знищуючи їх українську ідентичність, натомість нав'язуючи російську. На той час на окупованому півострові залишалось близько 5 тис. дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Також у грудні 2014 р. Службою безпеки України було висунуто заочне повідомлення про підозру за частиною 2 статті 110 (Посягання на територіальну цілісність і недоторканність України) Кримінального кодексу України¹ керівникам окупаційних адміністрацій країни-агресора у захоплених районах сходу України, а саме тимчасово окупованих територіях Донецької області, «міністрам» охорони здоров'я та прибутків і зборів ДНР, які «причетні до організації примусового вивезення українських дітей-сиріт з тимчасово захоплених районів Донеччини до рф під виглядом поїздок до дитячих таборів»².

Крім того, що незаконна депортація українських дітей із тимчасово окупованих територій України в росію з подальшою зміною їх громадянства та усиновленням російськими громадянами є грубим порушенням національного законодавства України, слід констатувати наступні види порушень норм міжнародного права:

– зміна персональних даних українських дітей, громадянства, розміщення їх у сім'ях та усиновлення є порушенням права дитини на збереження своєї індивідуальності, що передбачає збереження її громадянства, імені та сімейних зв'язків, та є протизаконним втручанням, передбаченим частиною 1 статті 8 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 р.³. За цих обставин, «якщо дитина протизаконно позбавляється частини або всіх елементів своєї індивідуальності», Держави-учасниці зобов'язані забезпечити їй необхідну

¹ Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 07.08.2023).

² СБУ повідомила про підозру «міністрам «днр», які організовували депортацію українських дітей до рф. 16 грудня 2022 р. URL: <https://ssu.gov.ua/novyny/sbu-povidomyla-pro-pidozru-ministram-dnr-yaki-orhanizovuvaly-deportatsiiu-ukrainskykh-ditei-do-rf> (дата звернення: 07.08.2023).

³ Convention on the Rights of the Child. 20 November 1989. URL: <https://www.unicef.org/child-rights-convention> (дата звернення: 07.08.2023).

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

допомогу і захист для найшвидшого відновлення її індивідуальності (згідно з частиною 2 вказаної статті). Крім того, депортовані діти, які не є сиротами, мають право на возз'єднання зі своєю сім'єю. Тому згідно з частиною 1 статті 9 «Держави-учасниці забезпечують те, щоб дитина не розлучалася з батьками всупереч їх бажанню», а у тих випадках, коли таке розлучення впливає з якого-небудь рішення, прийнятого Державою-учасницею, наприклад, при (...) депортації чи смерті (включаючи смерть, що настала через будь-яку причину під час перебування цієї особи у віданні держави) одного чи обох батьків або дитини, така Держава-учасниця надає батькам, дитині чи, якщо це необхідно, іншому члену сім'ї на їх прохання необхідну інформацію щодо місцеперебування відсутнього члена (членів) сім'ї, якщо надання цієї інформації не завдає шкоди добробуту дитини» (відповідно до пункту 4);

– щодо незаконності усиновлення українських дітей громадянами РФ можна застосувати положення статті 21 вказаної Конвенції, де визначаються умови усиновлення в іншій країні. Таке усиновлення може розглядатися як альтернативний спосіб догляду за дитиною, якщо «дитина не може бути передана на виховання або в сім'ю, яка могла б забезпечити її виховання або усиновлення, і якщо забезпечення якогось придатного догляду в країні походження дитини є неможливим». Крім того, основоположним принципом завжди є забезпечення «найкращих інтересів дитини», які мають ураховуватися «в першочерговому порядку». Всі факти незаконного усиновлення українських дітей російськими громадянами є доказами їх співучасті у злочині;

– водночас «неправомірне схиляння як посередництво до згоди на усиновлення дитини з порушенням застосовних міжнародно-правових актів щодо усиновлення» відповідно до підпункту ii) пункту а) частини першої статті 3 Факультативного протоколу до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції та дитячої порнографії від 25 травня 2000 р.¹ є кримінальним злочином у контексті торгівлі дітьми незалежно від того, чи вчинені вони на національному або транснаціональному рівні, або в індивідуальному чи організованому порядку;

¹ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography. 25 May 2000. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child> (дата звернення: 07.08.2023).

– потрібно також розслідувати кожен випадок на наявність отримання особами, залученими у процес примусового переміщення дітей, матеріальної вигоди за їх послуги. В цьому разі можливе застосування пункту б) статті 2 Факультативного протоколу, що дає визначення таким діям: «торгівля дітьми означає будь-який акт або угоду, внаслідок яких дитина передається будь-якою особою або будь-якою групою осіб іншій особі або групі осіб за винагороду або інше відшкодування». Це також є порушення рф як державою-учасницею цього Протоколу частини 5 статті 3 своїх зобов'язань за ним: «Держави-учасниці вживають всіх відповідних правових та адміністративних заходів з метою забезпечення того, щоб всі особи, які мають відношення до усиновлення дитини, діяли відповідно до положень застосованих міжнародно-правових актів»;

– політика російської влади щодо усиновлення українських дітей ґрунтується на застосуванні системи фінансового заохочення для його стимуляції. При цьому суми доплат (одноразових та щомісячних), які отримують прийомні батьки на усиновлених дітей з тимчасово окупованих територій України, є вищими порівняно з матеріальною допомогою, яка виділяється державою (на федеральному та регіональному рівнях) на усиновлення іншої категорії дітей;

– слід наголосити на особливому статусі дітей і за Женевськими конвенціями. Так, згідно зі статтею 50 Конвенції про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 р. передбачено обов'язок окупаційної держави «вжити всіх необхідних заходів для полегшення процедури встановлення особи дітей та реєстрації їхніх сімейних зв'язків. Вона (окупаційна держава – *Б. О.*) за будь-яких обставин не повинна змінювати їхнього громадянського статусу або вносити їх до списків підконтрольних їй формувань або організацій»¹. До того ж відповідно до статті 49 «забороняється, незалежно від мотивів, здійснювати примусове індивідуальне чи масове переселення або депортацію осіб, що перебувають під захистом, з окупованої території на територію окупаційної держави або на територію будь-якої іншої держави, незалежно від того, окупована вона чи ні». Таке порушення мало місце не лише щодо депортованих до рф дітей, але й незаконно переміщених до рб;

¹ Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. (Geneva Convention IV). 12 August 1949. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/geneva-convention-relative-protection-civilian-persons-time-war> (дата звернення: 07.08.2023).

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

– загалом «незаконна депортація або переміщення» населення, зокрема дітей, що є грубим порушенням Женевської конвенції, визнається також воєнним злочином у розумінні статті 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду (далі – МКС) (підпункт VII пункту а) частини 2) та є серйозним порушенням законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах у встановлених рамках міжнародного права стосовно «депортації або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території» (підпункт VIII пункту b частини 2). Такі дії є також злочином проти людяності відповідно до його статті 7 (пункт d), що передбачає «депортацію або насильницьке переміщення населення» у значенні «насильницького переміщення відповідних осіб шляхом виселення або інших примусових дій з території, на якій вони законно перебувають, за відсутності підстав, що допускаються міжнародним правом»¹;

– утім саме «насильницька передача дітей з однієї людської групи в іншу», що є ознакою та окремою формою злочину геноциду відповідно до пункту е) статті II Конвенції про запобігання злочину геноциду і покарання за нього від 9 грудня 1948 р.², що разом з насильницькою їх асиміляцією можна класифікувати як намір знищення української ідентичності у майбутніх поколіннях за допомогою різних інструментів державної політики планої русифікації українських дітей. *Відомий американський слідчий з прав людини Н. Реймонд, який спеціалізується на розслідуванні воєнних злочинів, зокрема масових вбивств та тортур, та є виконавчим директором Лабораторії гуманітарних досліджень Єльської школи громадського здоров'я (Yale School of Public Health), наголосив, що «насправді йдеться про спробу зруйнувати українську ідентичність як ключову мету програми в промислових масштабах»³.*

¹ Rome Statute of ICC. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> (дата звернення 07.08.2023).

² Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 9 December 1948. URL: <https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide-convention.shtml#:~:text=The%20Genocide%20Convention%20was%20the,during%20the%20Second%20World%20War> (дата звернення: 07.08.2023).

³ What Russia is trying to accomplish with the alleged forced deportations of Ukrainian children. URL: <https://www.cbc.ca/radio/day6/russia-deportation-matviichuk-raymond-1.6790228> (дата звернення: 07.08.2023).

Загалом цією інституцією було проведено важливе дослідження стосовно депортації українських дітей, звіт якої від 14 лютого 2023 р. під назвою «Російська систематична програма перевиховання та усиновлення дітей України» було детально представлено в проєкті «Обсерваторія конфліктів» (Conflict Observatory) – центральному хабі для збору, аналізу та надання широкого доступу доказів, скоєних рф воєнних злочинів та інших звірств в Україні¹. Обсерваторія аналізує та зберігає загальнодоступну інформацію, включаючи супутникові зображення та інформацію, що поширюється через соціальні мережі, відповідно до міжнародних правових стандартів для використання в поточних та майбутніх механізмах підзвітності. Це включає дотримання суворих процедур контролю для майбутніх цивільних і кримінальних судових процесів у відповідних юрисдикціях. У міру виконання та завершення дослідження нові звіти публікуватимуться для широкого загалу на офіційному сайті організації.

Ключовими висновками проведеного дослідження є наступні:

1) після повномасштабного вторгнення в Україну 24 лютого 2022 р. понад 6000 дітей з України віком від чотирьох місяців до 17 років утримувалися в таборах та інших закладах. Однак кінцева кількість дітей є однозначно більшою;

2) функціонує мережа щонайменше із 43 закладів, 41 з яких є літніми таборами, що вже існували в окупованому росією Криму та рф. Серед цих таборів 12 зосереджені біля Чорного моря, 7 – в окупованому Криму, 10 – навколо Москви, Казані та Єкатеринбургу, 11 – розташовані за 800 км від кордону з Україною, зокрема 2 – в Сибіру та 1 на Далекому Сході росії, 2 – пов'язані з депортацією дітей-сиріт (психіатрична лікарня та сімейний центр). Станом на сьогодні є всі підстави вважати, що кількість таких таборів зросла;

3) у цих закладах українські діти зазнають російського ідеологічного впливу та політичного перевиховання. Більшість з них – це оздоровчі табори, куди дітей вивезли під приводом «оздоровлення», інші – призначалися для дітей, яких мали усиновити. Основною метою цих таборів є переважно проросійське перевиховання та навіть військова підготовка дітей;

¹ Khoshnood, Kaveh, Nathaniel A. Raymond and Caitlin N. Howarth et al., «Russia's Systematic Program for the Re-education and Adoption of Ukraine's Children.» 14 February 2023. Humanitarian Research Lab at Yale School of Public Health: New Haven. URL: https://hub.conflictobservatory.org/portal/sharing/rest/content/items_/97f919ccfe524d31a241b53ca44076b8/data (дата звернення: 07.08.2023).

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

4) наявна інформація, що діти з двох таборів були поміщені в прийомні сім'ї в Росії;

5) у результаті дослідження виявилось, що батьківська згода на вивезення дітей збиралася під примусом і регулярно порушувалася. Наприклад, вона включала підписання довіреності на невідомого агента. У багатьох випадках здатність батьків надати дійсну згоду може вважатися сумнівною, оскільки умови війни та непряма загроза з боку окупаційних сил є умовами примусу;

6) припинено повернення дітей щонайменше з чотирьох таборів. У підсумку інформація про місцезнаходження та статус дітей залишається невідомою;

7) операція з незаконної депортації та переміщення українських дітей централізовано координується урядом росії на федеральному, регіональному та місцевому рівнях.

На основі достатньої кількості зібраних доказів за клопотанням Прокурора МКС К. Хана від 22 лютого 2023 р. Палата попереднього розслідування II Міжнародного кримінального суду (далі – Палата МКС) дійшла висновку, що «є обґрунтовані підстави вважати, що кожен підозрюваний (а саме президент рф В. Путін та Уповноважена при президентові рф з прав дитини М. Львова-Белова – *Б. О.*) несе відповідальність за воєнний злочин незаконної депортації населення та воєнний злочин незаконного вивезення населення з окупованих регіонів України до російської федерації, що заподіяли шкоду українським дітям»¹. Дійшовши висновку про доведену доказами причетність до цих злочинів, 17 березня 2023 р. Палата МКС видала два ордери на арешт вказаних високопосадовців. Того ж дня Президент МКС П. Гофманський оприлюднив відповідну заяву у відеозверненні.

У пресрелізі МКС сказано, що «Президент Російської Федерації, є ймовірно відповідальним за воєнний злочин незаконної депортації населення (дітей) та незаконного вивезення населення (дітей) з окупованих районів України до Російської Федерації (відповідно до статей 8(2)(a)(vii) та 8(2)(b)(viii) Римського статуту). Ці злочини були ймовірно скоєні на українській окупованій території принаймні з 24 лютого 2022 р. Існують обґрунтовані підстави вважати, що (...)

¹ Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova. Press Release: 17 March 2023. URL: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and> (дата звернення: 08.08.2023).

Путін несе індивідуальну кримінальну відповідальність за зазначені злочини: (і) за вчинення цих злочинів особисто, спільно з іншими особами і/або через інших осіб (стаття 25 (3)(а) Римського статуту) та (ii) за його неспроможність здійснювати належний контроль над цивільними та військовими підлеглими, які здійснили злочини або дозволили їхнє здійснення, і перебували під його фактичною владою і контролем, відповідно до відповідальності вищого рівня (стаття 28(b) Римського статуту)». Стосовно дитячого омбудсмена, яка особисто заявила про усиновлення нею українського хлопчика Філіпа з Маріуполя, що є визнанням незаконного усиновлення, МКС встановив її причетність до тих самих міжнародних злочинів, за винятком притягнення її до індивідуальної відповідальності за статтею 28 (b) Римського статуту.

Частина 2 статті 27 Римського статуту, що стосується неприпустимості посилення на посадове становище особи, передбачає, що «імунітети або спеціальні процесуальні норми, які можуть бути пов'язані з посадовим становищем особи відповідно до національного або міжнародного права, не повинні перешкоджати здійсненню Судом своєї юрисдикції щодо такої особи»¹. Тобто російські високопосадовці мають офіційний статус підозрюваних за вчинення зазначених міжнародних злочинів. Згідно з процедурою підозрюваних осіб мають затримати у будь-якій з країн, яка ратифікувала Римський статут МКС. На сьогодні це 123 Держави-учасниці².

На сьогодні Офіс генерального прокурора України тісно співпрацює з МКС щодо передачі доказів незаконної депортації українських дітей. Йдеться про десятки томів. На момент розгляду справ у МКС кількість епізодів однозначно суттєво зростає. Надалі для України є вкрай важливо ратифікувати Римський статут МКС, який вона підписала 20 січня 2000 р. Більше того, це є її прямим зобов'язанням відповідно до статті 8 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікованої 16 вересня 2014 р., де сказано, що сторони співпрацюють з метою зміцнення миру та міжнародного правосуддя шляхом ратифі-

¹ Rome Statute of ICC. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> (дата звернення: 08.08.2023).

² The States Parties to the Rome Statute. URL: <https://asp.icc-cpi.int/states-parties> (дата звернення: 08.08.2023).

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

кації та імплементації Римського статуту Міжнародного кримінального суду (МКС) 1998 року та пов'язаних з ним документів, а також статті 24, що стосується правового, зокрема судового співробітництва в кримінальних справах¹. Ратифікація Римського статуту також дасть право участі України у виборах Прокурора МКС, у подачі кандидатів на посаду судді та інші можливості.

Координація зусиль міжнародної спільноти є найефективнішим способом пошуку та повернення українських дітей.

Так, у рамках 52 сесії Ради з прав людини ООН у Женеві була представлена Доповідь Незалежної міжнародної комісії з розслідування порушень в Україні від 15 березня 2023 р.². Комісія на чолі з головою Е. Мьосе³ «розглянула випадки стосовно переміщення 164 дітей віком від чотирьох до 18 років з Донецької, Харківської та Херсонської областей» та констатувала, що така евакуація дітей рф як стороною конфлікту є забороненою міжнародним гуманітарним правом (пункти 97–98). Комісія дійшла висновку, що «розглянуті нею випадки щодо переміщення та депортації дітей в межах України та до Російської Федерації порушують міжнародне гуманітарне право та становлять воєнні злочини (...) у вигляді невиправданої затримки репатріації цивільних осіб», констатувавши, що зобов'язання рф полягає у сприянні возз'єднанню сімей, роз'єднаних внаслідок збройного конфлікту (пункт 102) згідно з Четвертою Женевською конвенцією⁴ та Додатковим протоколом I до Женевських конвенцій⁵. При цьому Комісія рекомендувала рф негайно «надати достовірну та вичерпну інформацію про кількість і місцезнаходження всіх дітей, які були переміщені в межах України або депортовані з України до Російської Федерації з будь-яких причин;

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (дата звернення: 08.08.2023).

² Доповідь Незалежної міжнародної комісії з розслідування порушень в Україні. 15 March 2023. A/HRC/52/62. URL: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A_HRC_52_62_UA.pdf (дата звернення: 08.08.2023).

³ Press Conference: Independent International Commission of Inquiry on Ukraine. 16 March 2023. URL: <https://media.un.org/en/asset/k1c/k1cqrq9e9> (дата звернення: 08.08.2023).

⁴ Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. (Geneva Convention IV). 12 August 1949. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/geneva-convention-relative-protection-civilian-persons-time-war> (дата звернення: 08.08.2023).

⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977> (дата звернення: 08.08.2023).

сприяти встановленню ефективної комунікації між дітьми та їхніми сім'ями, а також негайно та активно розпочати процес їхнього повернення в Україну відповідно до забезпечення їхніх найкращих інтересів та виконання міжнародних зобов'язань, та використовуючи технічну допомогу міжнародних організацій; запобігати будь-яким подальшим примусовим переміщенням дітей у межах України та їхній депортації з України» (пункт 113 (с)). Однак, як бачимо, на сьогодні норми м'якого права не є достатньо ефективними стосовно РФ.

23 березня 2023 р. Європейська Комісія на чолі з її Президентом У. фон дер Ляєн у співпраці з прем'єр-міністром Польщі М. Мора-вєцьким спільно з українською стороною анонсувала підготовку до конференції, що має на меті об'єднати зусилля міжнародної спільноти в допомозі ООН та іншим міжнародним організаціям для репатріації примусово вивезених українських дітей.

Як повідомило того ж дня Міністерство закордонних справ Франції, 45 країн Організації з безпеки та співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ) запровадили спеціальний, так званий московський, механізм для розслідування серйозних порушень прав людини в Білорусі, пов'язаних із загарбницькою війною росії в Україні¹. Цей механізм, зокрема, включає дослідження питання незаконної депортації. З цією метою він дозволяє залучати відповідних експертів. Так, 18 квітня 2023 р. експерти ОБСЄ з Латвії (Е. Штайнерте), Чехії (В. Білкова) та Норвегії (С. Геллештвайт) прибули в Україну для збору даних про депортацію українських дітей з тимчасово окупованих територій України до росії. Йдеться насамперед про збір експертами фактів про зміну особистих даних дітей, громадянства, розлучення з батьками чи опікунами, а також про їх подальше незаконне усиновлення, включно з примусовою асиміляцією.

Вже 5 травня 2023 р. незалежна місія експертів московського механізму оприлюднила «Звіт про порушення та недотримання міжнародного гуманітарного права та права людини, воєнні злочини та злочини проти людяності, пов'язані з примусовим переміщенням та/або депортацією українських дітей до Російської Федерації»². Цей доку-

¹ Invocation of the Moscow Mechanism on serious human rights violations in Belarus linked to Russia's war of aggression in Ukraine (23 March 2023) OSCE. URL: <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/belarus/news/article/osce-invocation-of-the-moscow-mechanism-on-serious-human-rights-violations-in> (дата звернення: 08.08.2023).

² Moscow Mechanism: «Report on Violations and Abuses of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity, related to the Forcible Transfer

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

мент є першим окремим міжнародним звітом, присвяченому цій проблематиці.

Експерти дійшли висновків, основними положеннями яких є те, що «українські діти піддаються проросійським інформаційним кампаніям, які часто зводяться до цілеспрямованого перевиховання. Російська Федерація не робить жодних кроків для активного сприяння поверненню українських дітей. Навпаки, вона створює різні перешкоди для сімей, які прагнуть повернути своїх дітей».

На думку експертів, факти, пов'язані з депортацією та переміщенням українських дітей, є порушенням Четвертої Женевської конвенції, зокрема в частині передачі дітей без супроводу на усиновлення або застосування до них інших подібних заходів асиміляції, що суперечить конвенційному принципу, відповідно до якого «єдність сім'ї необхідно захищати та поважати». Політика інтенсивного перевиховання та активної інтеграції в російські родини є підтвердженням того, що «переміщені українські діти дійсно є жертвами депортації» в розумінні статті 49 зазначеної Конвенції. Крім того, зміна громадянства українських дітей є порушенням статті 50 (2) Конвенції.

Місія акцентує на ознаках існування «послідовної моделі, яка свідчить про те, що зусилля російської влади, спрямовані на переміщення дітей з України до Російської Федерації, не передбачають кроків для їх подальшої евакуації до третіх країн або повернення у безпечніші райони України. Сучасний підхід російської влади сприяє постійному перебуванню та потенційно невинуватій затримці репатріації цих дітей у порушення міжнародного гуманітарного права».

У Звіті наголошено, що «Російська Федерація не лише явно неодноразово діяла всупереч найкращим інтересам цих дітей, вона також позбавляла їх права на ідентичність, права на сім'ю, права на об'єднання з родиною, а також порушувала їхні права на освіту, доступ до інформації, відпочинок, дозвілля, ігри, розваги та участь у культурному житті та мистецтві, право на думку, совість і релігію, право на здоров'я та право на свободу та безпеку. Це триваючі порушення статей 3, 8, 9, 10, 12, 14, 17, 20, 21, 24, 28, 29, 31 і 37 (b) Конвенції ООН про права дитини». Водночас з огляду на факти численних, грубих та триваючих порушень прав дітей є серйозні підстави припускати ймовірність застосування до них тортур і жорстокого по-

and/or Deportation of Ukrainian Children to the Russian Federation». OSCE. URL: <https://www.osce.org/odihr/542751> (дата звернення: 08.08.2023).

водження та іншого нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання згідно зі статтею 37 (а) Конвенції про права дитини¹. Необхідно розслідувати кожен випадок жорстокого поводження з українськими дітьми, їх булінгу за національною ознакою.

Місія також дійшла висновку, що практика примусового переміщення та/або депортації українських дітей на тимчасово окуповані території та на територію РФ може кваліфікуватися як злочин проти людяності в частині «депортація або примусове переміщення населення».

19 квітня 2023 р. під час дискусії в Європарламенті стосовно незаконної депортації українських дітей та виданих у зв'язку з цим МКС ордерами на арешт, литовський депутат П. Ауштрявічюс, заявляючи про відверте викрадення більше ніж 20000 українських дітей, закликав Європейський Союз та міжнародне співтовариство «використати всі можливі засоби, щоб знайти, ідентифікувати та повернути українських дітей до їхніх родин, а також на їх батьківщину – Україну», зазначаючи, що російський уряд, досі будучи членом Ради Безпеки ООН, «фальсифікує особисті біографії українських дітей, змінюючи їх імена та стираючи їхню ідентифікацію», в такий спосіб «перевищуючи їх на російських громадян»². За офіційною інформацією, рф використовує примусово депортованих українських дітей для анти-української пропаганди³, таким чином перетворюючи їх на важелі впливу проти власної Батьківщини.

Крім того, прикладом міжнародної співпраці у розслідуванні міжнародних злочинів, вчинених рф, є Спільна слідча група (Joint Investigation Team) України, Литви та Польщі за участі Офісу Прокурора МКС, а також Євроюсту (European Union Agency for Criminal Justice Cooperation – EuroJust). За офіційним повідомленням Євроюсту від 14 квітня 2023 р. надалі ця група в розширеному складі буде розслідувати злочин геноциду в Україні⁴. Слід відзначити значний

¹ Convention on the Rights of the Child. 20 November 1989. URL: <https://www.unicef.org/child-rights-convention> (дата звернення: 08.08.2023).

² European Union Agency for Criminal Justice Cooperation. URL: <https://twitter.com/RenewEurope/status/1648597395641450496> (дата звернення: 08.08.2023).

³ Ірина Верещук: Шукаємо та повертаємо українських дітей, яких примусово вивезли окупанти. Кабінет Міністрів України. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/irina-vereshchuk-shukaємо-ta-povertayemo-ukrayinskih-ditej-yakih-primusovo-vivezli-okupanti> (дата звернення: 08.08.2023).

⁴ The joint investigation team garners further support for the ICPA and agrees to investigate genocide crimes in Ukraine. URL: <https://www.eurojust.europa.eu/news/joint-investigation->

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

внесок Євроюсту¹ (на чолі з його головою Л. Хамраном) як органу юстиції Європейського Союзу в започаткування спеціальної судової Бази даних для збору доказів щодо основних міжнародних злочинів (Core International Crimes Evidence Database – CISED)², а також Міжнародного центру переслідування злочину агресії (International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression – ICPA)³.

25 квітня 2023 р. ГА ООН було прийнято Резолюцію A/77/L.65 «Співпраця між Організацією Об'єднаних Націй та Радою Європи», в якій чітко зафіксовано злочин агресії рф проти України та «безпрецедентні виклики, що стоять сьогодні перед Європою» у зв'язку з цим, а також необхідність «зміцнення співробітництва між Організацією Об'єднаних Націй та Радою Європи, особливо для того, щоб оперативно відновити та підтримувати мир та безпеку на основі поваги суверенітету, територіальної цілісності та політичної незалежності будь-якої держави, забезпечення дотримання прав людини та норм міжнародного гуманітарного права під час військових дій, відшкодування збитків, завданих жертвам, та притягнення до відповідальності всіх тих, хто винний у порушенні норм міжнародного права»⁴.

Яскравим прикладом міжнародного консенсусу в рамках Ради Європи стало прийняття Парламентською Асамблеєю 27 квітня 2023 р. Резолюції 2495 (2023) «Депортації та примусове переміщення українських дітей та інших цивільних осіб до Російської Федерації або на тимчасово окуповані українські території: створити умови для їх безпечного повернення, припинити ці злочини та покарати винних» у співвідношенні голосів: 87 – за, 1 – проти, 1 – утримався⁵. Резо-

team-garners-further-support-icpa-and-agrees-investigate-genocide-crimes (дата звернення: 08.08.2023).

¹ European Union Agency for Criminal Justice Cooperation. URL: <https://www.eurojust.europa.eu/> (дата звернення: 08.08.2023).

² Core International Crimes Evidence Database. URL: <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/ciced-leaflet.pdf> (дата звернення: 08.08.2023).

³ International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression made official at United for Justice Conference in Ukraine. URL: <https://www.eurojust.europa.eu/news/international-centre-prosecution-crime-aggression-made-official-united-justice-conference> (дата звернення: 08.08.2023).

⁴ Cooperation between the United Nations and the Council of Europe: resolution A/RES/77/284 / adopted by the General Assembly 25 April 2023. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/4009707> (дата звернення: 08.08.2023).

⁵ Deportations and forcible transfers of Ukrainian children and other civilians to Russian Federation or to Ukrainian territories temporarily occupied: create conditions for their safe

люцією закріплено важливі положення, що стосуються кваліфікації злочинів, учинених рф. Наголошено, що практика депортацій та насильницького переміщення українських дітей є особливо серйозною рисою цієї агресії та порушенням міжнародного гуманітарного права, права прав людини і кримінального права. І ця практика розпочалася ще до 24 лютого 2022 р., але після повномасштабного вторгнення вона значно активізувалася. Саме «організований і систематичний характер залучених практик (...) вказують на висновок, що ці злочини не є випадковими чи незапланованими. Вони свідчать про намір знищити Україну та українську ідентичність, а також культурно-мовні особливості її народу» (пункт 8). У підсумку Парламентська Асамблея Ради Європи (далі – ПАРЄ) констатує, що «насильницьке переміщення дітей з однієї групи в іншу з наміром повністю або частково знищити національну, етнічну, расову чи релігійну групу розглядається як злочин геноциду відповідно до статті 2 пункту (е) Конвенції про геноцид 1948 р., що збігається із задокументованими доказами депортації та примусового переміщення українських дітей до Російської Федерації або на території, які тимчасово перебувають під російською окупацією» (пункт 10).

Резолюцією розширено список осіб, причетних до незаконної депортації та примусового переміщення українських дітей. Так, було додано «прем'єр-міністра РФ, міністрів освіти та охорони здоров'я, уповноважену з прав людини та першого заступника керівника апарату Президента Росії, на регіональному рівні – губернаторів Краснодарського краю, Магадану, Камчатського краю, Президента Татарстану та голову Республіки Адигея» (пункт 18.1). Крім того, за ініціативою української делегації в ПАРЄ до Резолюції було прийнято поправку 5 до пункту 18.1., якою до цього списку внесли «самопроголошеного президента Білорусі Олександра Лукашенка, уряд Білорусі»¹.

Слід підкреслити важливу роль національних та міжнародних організацій (і не лише в рамках ООН, Ради Європи, Європейського Союзу), зокрема неурядових громадських організацій, в зборі доказів про вчинення рф міжнародних злочинів з метою притягнення ви-

return, stop these crimes and punish the perpetrators. Resolution PACE. 2495 (2023). 27 April 2023. URL: <https://pace.coe.int/en/files/31776/html> (дата звернення: 08.08.2023).

¹ Draft Resolution. Deportations and forcible transfers of Ukrainian children and other civilians to Russian Federation or to Ukrainian territories temporarily occupied: create conditions for their safe return, stop these crimes and punish the perpetrators. 27 April 2023. URL: [doc. 15748: compendium of written amendments \(final version\).pdf \(coe.int\)](https://www.coe.int/t/DocList.aspx?doc=15748&lang=en) (дата звернення: 08.08.2023).

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

них до міжнародної відповідальності. У цьому контексті співпраця на всіх рівнях – як державному, так і неурядовому – сприятиме створенню ефективного міжнародного механізму пошуку та репатріації українських дітей. Оскільки на сьогодні жодна міжнародна правозахисна організація не має доступу на територію РФ з метою сприяння поверненню незаконно депортованих українських дітей, співпраця національних та іноземних (зокрема опозиційних російських та білоруських) неурядових громадських організацій є великим внеском у допомогу державі в розшуку та поверненні українських дітей. Протягом останніх 20 років пошук українських дітей завжди був прерогативою діяльності ГО «Магнолія» як національної служби розшуку дітей. Вже станом на грудень 2022 р. кількість запитів на розшук дітей, що зникли від початку повномасштабного російського вторгнення в Україну, перевищила кількість запитів, отриманих за всі роки існування організації – понад 2600¹. Важливим стратегічним закордонним партнером України в цій діяльності є міжнародна федерація Missing Children Europe². Оскільки через війну мільйони українців, переважно жінки та діти, змушені шукати притулку за кордоном, існує великий ризик, що діти можуть бути розлученими з батьками чи навіть зникнути безвісти.

Міністерством реінтеграції разом із Національним інформаційним бюро (далі – НІБ) за дорученням Офісу Президента України та за інформаційно-аналітичної підтримки Уряду Канади «Супровід урядових реформ в Україні» (SURGe) була створена державна інформаційна платформа «Діти війни як інструмент пошуку та визволення дітей з місць примусового переміщення чи депортації»³. На платформі щодня оновлюється актуальна інформація про дітей, котрі постраждали внаслідок військової агресії РФ проти України (зокрема зниклих безвісти, депортованих та примусово переміщених), а також тих, кого вдалося розшукати і врятувати. Станом на 11 липня 2023 р. за даними НІБ, яке фіксує переміщення дітей, 19474 дитини вважаються депортованими та/або примусово переміщеними, натомість за даними з відкритих джерел, озвучених РФ, їх кількість сягає 744000. При цьому вдалося повернути лише 383 дитини. Водночас за даними Офісу

¹ Служба розшуку дітей. URL: <https://missingchildren.org.ua/> (дата звернення: 09.08.2023).

² Missing Children Ukraine – Missing Children Europe. URL: <https://missingchildreneurope.eu/ukraine/> (дата звернення: 09.08.2023).

³ Діти війни. URL: <https://childrenofwar.gov.ua/> (дата звернення: 09.08.2023).

Генерального прокурора 494 дитини загинуло, 1051 поранено і 13 дітей постраждало від сексуального насильства. При цьому за даними Національної поліції України 744 дитини залишаються зниклими. На сьогодні через активні бойові дії та тимчасову окупацію частини території України точну кількість дітей, постраждалих внаслідок війни, встановити неможливо.

Докази депортації українських громадян на територію РФ як широкомасштабної та систематичної практики, що застосовувалася російським урядом на тимчасово окупованих територіях України, було представлено в аналітичному звіті Коаліції «Україна. П'ята ранку» під назвою «Депортація громадян України з території ведення активних бойових дій чи з тимчасово окупованої території України на територію Російської Федерації та Республіки Білорусь, що охоплює період від 24 лютого 2022 року (початку широкомасштабної збройної агресії проти України) до 1 жовтня 2022 року»¹. Організація документувала факти цих міжнародних злочинів, що вчиняються силами країни-агресора, зокрема й депортації українських громадян на територію РФ.

За результатами незалежного дослідження, проведеного Інститутом вивчення війни (Institute for the Study of War – ISW) «Оцінка російської наступальної кампанії, 26 квітня 2023 р.»², серед причин незаконної депортації під виглядом гуманітарної евакуації населення було названо «цілеспрямовану кампанію з депопуляції в окупованих районах України, щоб сприяти повторному заселенню українських територій росіянами, (...) як намагання змінити етнічний склад України». При цьому такі «кампанії з депопуляції та повторного заселення можуть бути прирівняні до навмисної етнічної чистки та є явним порушенням Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього», наголошується в дослідженні.

7 липня 2023 р. директор Інституту стратегічних досліджень та безпеки П. Лисянський заявив про зміну російською стороною «технології депортації-викрадення» українських дітей шляхом на-

¹ Аналітичний звіт. Депортація громадян України з території ведення активних бойових дій чи з тимчасово окупованої території України на територію Російської Федерації та Республіки Білорусь, що охоплює період від 24 лютого 2022 року (початку широкомасштабної збройної агресії проти України) до 1 жовтня 2022 року. URL: https://zmina.ua/wp-content/uploads/sites/2/2023/01/deportation_ukr.pdf (дата звернення: 09.08.2023).

² Russian Offensive Campaign Assessment, April 26, 2023. Institute for the Study of War. URL: <https://www.understandingwar.org/background/russian-offensive-campaign-assessment-april-26-2023> (дата звернення: 09.08.2023).

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

вмисного позбавлення законних батьківських прав на тимчасово окупованих територіях України, тим самим штучно збільшуючи кількість дітей-сиріт у цих регіонах¹.

Зокрема він зазначив, що дітей вилучали з сімей з кількох причин:

- через відсутність у їх батьків російського паспорта та відмови від українського;
- внаслідок «порушення» права дитини на освіту, коли батьки забороняють їй відвідувати певні уроки у школі;
- якщо в родині низький дохід чи діти опинилися в складних життєвих обставинах. При цьому слід зазначити, що скрутне економічне становище українських родин спричинене закриттям окупантами шахт, на яких існували борги по заробітних платах, на тимчасово окупованих територіях України.

Розшук та ідентифікація українських дітей ускладнюється таємницею їх усиновлення. Оскільки усиновлення відбувається за рішенням суду, цей принцип гарантує неможливість ознайомлення з відповідним документом. Тому в Звіті місії ОБСЄ наголошується на необхідності негайної відміни принципу таємниці усиновлення, «щоб дозволити надавати дані відповідним установам, таким як Національному інформаційному бюро обох країн і Міжнародному комітету червоного хреста» (пункт 4 розділу IX (А) Рекомендацій РФ)².

На тимчасово окупованих територіях України через механізм залучення «комісій з дотримання прав неповнолітніх», які співпрацюють з судами окупаційних адміністрацій у процесі прийняття рішення про позбавлення батьківських прав, створені спеціальні електронні бази даних українських дітей (зокрема дітей-сиріт). На основі розміщеної в них персональної інформації потенційні батьки з РФ можуть дистанційно обрати для себе дитину на усиновлення. Доступ до цих даних є важливою складовою ідентифікації та розшуку незаконно усиновлених українських дітей, збільшуючи шанси на їх повернення.

Отже, проблема депортації українських дітей завжди була в фокусі уваги як органів державної влади, так і національних та міжнарод-

¹ Росіяни зробили електронний ринок українських «сиріт» і відкрили дані дітей для «потенційних батьків» – Лісянський. URL: <https://hromadske.radio/podcasts/my-ie-bulyyubudem-informatsynny-maraton/1214180> (дата звернення: 09.08.2023).

² Moscow Mechanism: «Report on Violations and Abuses of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity, related to the Forcible Transfer and/or Deportation of Ukrainian Children to the Russian Federation». OSCE. URL: <https://www.osce.org/odihr/542751> (дата звернення: 09.08.2023).

них урядових та неурядових організацій. Від їх злагодженої співпраці залежать долі десятків тисяч українських дітей та мільйонів українців. У процесі збору доказів прокурорами для українських та міжнародних судів надзвичайно важливою є координація зусиль та тісне співробітництво як на рівні окремих країн, що проводять власні розслідування (наприклад, Латвія з часу її головування в Раді Європи – з 17 травня 2023 р.), так і на рівні ЄС – через Європол, а також Федеральне бюро розслідувань США.

Створення міжнародної бази даних для розшуку дітей із залученням національних та міжнародних організацій є одним із найважливіших завдань, що стоїть на порядку денному всього міжнародного співтовариства. Ключовими положенням такої співпраці, як йдеться у згаданій Резолюції ПАРЄ від 27 квітня 2023 р., є створення «механізму ідентифікації, визначення місцезнаходження та репатріації жертв в Україну або безпечну третю країну» (пункт 19.4)¹.

Серед першочергових заходів, які має вжити держава щодо повернення українських дітей на Батьківщину, є надання їм невідкладної психологічної допомоги та реабілітації. Значна кількість незаконно депортованих дітей «страждає від знущань і психологічних переслідувань» (пункт 7.4.)². Насамперед це стосується малолітніх дітей-сиріт та дітей з особливими потребами (так званих статусних дітей). Особливо гостро постає проблема самоідентифікації та адаптації українських дітей після їх вилучення з прийомних російських сімей, в яких вони перебували роками, починаючи з 2014 р.

Загалом дитячі психічні травми, набуті під час війни, мають незворотний вплив на особистість дитини та потребують залучення спеціалістів у сфері кризової психології для реалізації тривалих реабілітаційних програм. На законодавчому рівні вкрай важливо забезпечити можливість отримання психосоціальної допомоги населенню, постраждалому у результаті незаконної депортації, в тому числі щодо запобігання суїциду і психосоціальної реабілітації дітей (передусім дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування) та підлітків; осіб з інвалідністю; жертв торгівлі людьми; осіб, які зазнали фізичного, зокрема сексуального насилля; та загалом усіх осіб, які постраждали

¹ Deportations and forcible transfers of Ukrainian children and other civilians to Russian Federation or to Ukrainian territories temporarily occupied: create conditions for their safe return, stop these crimes and punish the perpetrators. Resolution PACE. 2495 (2023). 27 April 2023. URL: <https://pace.coe.int/en/files/31776/html> (дата звернення: 09.08.2023).

² Ibid.

2.2 Незаконна депортація та насильницьке переміщення українських дітей...

ли внаслідок посттравматичного синдрому в умовах воєнного стану; осіб, які стали жертвами чи свідками воєнних злочинів. Це необхідно передбачити в контексті змін та доповнень до чинних нормативно-правових актів України, зокрема до Закону України «Про систему громадського здоров'я» від 6 вересня 2022 р. (ведення в дію відбудеться 01 жовтня 2023 р.)¹, або у нових нормативно-правових актах.

Такі заходи мають застосовуватися з метою відновлення ментального здоров'я, ураженого внаслідок отриманих фізичних та психічних травм, на основі запровадження реабілітаційних програм відповідно до міжнародного досвіду країн, які були в стані війни. Відновлення фізичного та психічного здоров'я громадян після війни, насамперед дітей, є важливим елементом відбудови української держави. Діти є запорукою майбутнього кожної нації, саме тому питання захисту українських дітей консолідувало зусилля міжнародної спільноти на шляху до досягнення миру в Україні та міжнародної безпеки у світі.

Ураховуючи вимогу статті 16 Конституції України, згідно з якою «збереження генофонду Українського народу є обов'язком держави»², потрібно наголосити, що в контексті нової Доктрини відбудови України розшук, репатріація та реінтеграція всіх українських громадян, насамперед незаконно депортованих або примусово переміщених українських дітей, які стали жертвами та свідками воєнних злочинів, та їх возз'єднання з батьками, родичами чи законними опікунами (згідно зі статтею 74 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протоколу I), від 8 червня 1977 р.)³, а також забезпечення відновлення їх власної ідентичності та їх захист від неправомірного втручання (відповідно до статті 8 Конвенції про права дитини⁴), є одним із найголовніших завдань держави.

¹ Закон України «Про систему громадського здоров'я» від 6 вересня 2022 р. (введення в дію відбудеться 01 жовтня 2023 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/257320?find=1&text=%D0%BF%D1%81%D0%B8%D1%85%D1%96%D1%87#w1_3 (дата звернення: 09.08.2023).

² Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 09.08.2023).

³ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977> (дата звернення: 09.08.2023).

⁴ Convention on the Rights of the Child. 20 November 1989. URL: <https://www.unicef.org/child-rights-convention> (дата звернення: 09.08.2023).

У цьому контексті важливим є запобігання торгівлі дітьми за умови їх незаконного усиновлення. Необхідно також встановити суворий контроль за процедурою виїзду та вивезення дітей за межі території України як в період воєнного стану, так і після його закінчення. При цьому основною вимогою є дотримання міжнародних стандартів із захисту прав дитини, які передбачають, що в усіх діях щодо дітей незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, які займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини. Слід наголосити, що основний принцип – найкращі інтереси дитини може забезпечити винятково та держава, в якій поважають верховенство права. Тому не може бути й мови про захист прав дитини в процесі незаконної депортації та насильницького переміщення українських дітей за наявності фактів грубих та триваючих порушень норм міжнародного права.

2.3 Запобігання дискримінації в сфері зайнятості під час війни: соціальна політика України та вимоги Європейського Союзу

Війна на території України стала черговим викликом перед владою та інститутами громадянського суспільства щодо посилення захисту громадянських та соціально-економічних прав людини. Наслідки повномасштабної збройної агресії росії проти України спровокували масову міграцію населення, руйнування житлової, соціальної та критичної інфраструктури та актуалізували виклик для України, який вимагає координації політики держави з метою уникнення позбавлення чи обмеження в реалізації конституційних прав громадян, у тому числі права на працю. Усе вказане у певну міру сповільнило темпи державної політики у сфері посилення захисту соціально-економічних прав громадян, але курс на євроінтеграцію України, сила волі українського народу до набуття статусу повноправного члена Європейського Союзу, активний розвиток інституцій громадянського суспільства не дозволяють владі вдаватися до нехтування цієї групою прав людини, особливо під час війни.

Військова збройна агресія росії проти України безумовно вплинула на обсяг прав людини, які обмежилися внаслідок ухвалення 24 лютого 2024 року Указу Президента України № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні», за нормами якого визначено, що на період дії правового режиму воєнного стану на території України можуть обмежуватись конституційні права і свободи людини і громадянина. Водночас державна політика, яка здійснюється під час війни, має бути спрямована на забезпечення максимального обсягу захисту прав своїх громадян, визначених Європейською соціальною хартією, як тих, що перебувають на території України, так і тих, хто в цілях безпеки був змушений виїхати за її межі. Україна ратифікувала Європейську соціальну хартію, переглянута (тут і надалі – «Європейська соціальна хартія» або ЄСХ) 21 грудня 2006 року, прийнявши 76 із 98 пунктів Європейської соціальної хартії, яка гарантує широкий спектр прав людини, пов'язаних із соціальною сферою життя: право на працю, на житло, забезпечення охорони здоров'я, здобуття освіти, функціонування системи соціального захисту і добробуту¹. Саме внаслідок ратифікації ЄСХ Україна має змогу отримувати міжнародну підтримку держав-учасниць Європейської соціальної хартії. У своїй заяві щодо подій в Україні Європейський комітет з соціальних прав 24 березня 2022 року зазначив, що держави – учасниці зобов'язані у будь-який час вживати всіх заходів для забезпечення належних гарантій усіх прав людини, що визначені Європейською соціальною хартією².

Європейська соціальна хартія містить три категорії зобов'язань держав-учасниць. По-перше, держава-учасниця має прагнути до досягнення умов для ефективної реалізації на її території прав і принципів політики у соціально-економічній галузі, проголошених у першій частині Хартії. По-друге, кожна держава-учасниця зобов'язана забезпечити реалізацію щонайменше 5 із 7 прав, перелічених у другій частині Хартії (право на працю; організацію у профспілки; колективне ведення переговорів; соціальне забезпечення; соціальну та медичну допомогу; право сім'ї на соціальний, правовий і економічний захист;

¹ Європейська соціальна хартія (переглянута) від 03.05.1996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062#Text (дата звернення: 10.08.2023 р.)

² Заява Європейського комітету з соціальних прав від 24 березня 2022 року. URL: <https://rm.coe.int/statement-ecsr-war-ukraine-23march2022-final-en/1680a5f20b#:~:text=Statement%20by%20the%20European%20Committee%20of%20Social%20Rights,refugees%2C%20asylum%20seekers%20and%20others%20fleeing%20the%20conflict%3B> (дата звернення: 10.08.2023 р.)

право робітників-мігрантів та їхніх сімей на захист і допомогу). По-третє, держава-учасниця повинна визначити, які додаткові з перелічених у Хартії прав вона захищатиме на своїй території¹.

Держава самостійно визначає зміст прав людини і в який спосіб вона зобов'язується здійснювати забезпечення їх реалізації. Важливим при цьому є те, що природні права, серед яких домінуючу роль відіграє право на працю, мають базуватися на принципах свободи, справедливості та рівності, дотримання яких є принциповим питанням під час дії воєнного стану. Саме тому нормативні зміни, які вносяться до національного законодавства у зв'язку із уведенням воєнного стану, мають відповідати означеним принципам і вирішувати проблеми нерівності на ринку праці, у тому числі спрямовуватися на подолання дискримінації в Україні. Водночас варто визнати, що відсутність консолідованої взаємодії органів державної влади та інституцій громадянського суспільства в реалізації державної політики не завжди сприяє дотриманню гарантій у сфері праці, що було завжди важливим для України, а в умовах війни набуло ще більшої актуальності і стало викликом сьогодення.

Реалізація принципів свободи, справедливості та рівності здійснюється через механізми правового регулювання суспільних відносин та закріплює на рівні закону основні засади, ідеї, положення певних імперативних вимог, які є змістом правил поведінки суб'єктів права. На думку А.М. Колодія, зміст принципів права намічається самим життям, спонтанно, у суспільних соціальних відносинах, що складаються у реальному житті та отримують пізніше регламентацію і захист з боку держави у комплексах суб'єктивних прав учасників правовідносин. Виникнення принципів права як загально соціальних є необхідною умовою наступного їх закріплення у вигляді юридичних принципів і норм, тому що це свідчить про актуальність їх для суспільства і необхідність їх юридичного оформлення. Саме так у надрах громадянського суспільства, в межах правоутворення, за допомогою юридичної практики зароджуються нові юридичні принципи, що еволюційно відмінюють дію застарілих, не актуальних принципів². Вказане свідчить про необхідність адаптації чинного за-

¹ Чорний С.В. Європейська соціальна хартія. Юридична енциклопедія: у 6 т. / ред. Ю.С. Шемшученко. Київ: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 1998. Т. 2. 395 с.

² Колодій А.М. Принцип права: генеза, поняття, класифікація та реалізація. *Альманах права*. 2012. Вип.3. С. 42.

конодавства до викликів сьогодення, враховуючи як умови реалізації суб'єктивних прав – дію воєнного стану на території України, так і необхідність дотримання міжнародних стандартів та правил згідно із *acquis communautaire*¹.

Розглядаючи питання взаємозв'язку вираження права через принципи свободи, справедливості та рівності, варто відмітити, що формалізація правил поведінки в законі дозволяє окреслити свободу діяльності людини, при цьому коли норми спроектовані із дотриманням правових принципів верховенства права та правової визначеності, тоді вони дозволяють витримати рівність та справедливість при їх застосуванні до суб'єктів. При ефективному нормопроектуванні та правозастосуванні реалізація через правові норми принципів свободи, справедливості та рівності дозволяє сформувати напрями та зміст соціальної політики держави щодо подолання нерівності при реалізації права на працю. Водночас варто визнати, що ефективність застосування норм права, які забезпечують реалізацію вказаних принципів, може мати високий рівень за умови дотримання антидискримінаційних міжнародних стандартів при їх розробці. На нашу думку, ключовим принципом, дотримання якого покликане забезпечити рівність перед законом та рівноправність у сфері зайнятості у період дії воєнного стану, є принцип рівності прав та можливостей жінок та чоловіків, реалізацію якого забезпечує інституційний механізм держави як структурний елемент здійснення соціальної політики України. Саме тому варто досліджувати його зміст та ступінь реалізації в соціальній політиці під час війни, щоб створити ефективні механізми запобігання дискримінації в сучасних умовах життєдіяльності українського суспільства.

Упродовж багатьох років національне законодавство розвивається в напрямі вирішення проблеми нерівності при реалізації соціально-економічних прав людини, у тому числі забезпечення рівних прав та можливостей жінки та чоловіка, розробці механізмів подолання проявів, булінгу, мобінгу чи сексуального насильства, які можуть виникати при реалізації особою права на працю. Результатом цієї

¹ *acquis communautaire* правова система ЄС, яка включає акти законодавства ЄС (але не обмежується ними), прийняті в рамках ЄС, спільної зовнішньої політики та політики безпеки, співпраці у сфері юстиції та внутрішніх справ. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавств Європейського Союзу: Закон України № 1629-IV від 18.03.2004. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15/ed20111001/fin?text=%C0%E4%E0%EF%F2%E0%F6%B3%FF+%E7%E0%EA%EE%ED%EE%E4%> (дата звернення: 10.08.2023)

нормотворчої роботи є не лише прийняття антидискримінаційних законів, а й досить прогресивні зміни до Кодексу законів про працю України щодо визначення мобінгу та відповідальності за його здійснення, що за своїм змістом покликане вирішити актуальні проблеми регулювання реалізації права особи на працю з дотриманням міжнародних стандартів та правил.

Дотримуючись ЄСХ у частині виконання зобов'язань держав-учасниць щодо досягнення умов для ефективної реалізації на її території прав і принципів політики у соціально-економічній галузі, проголошених у першій частині Хартії, Україна здійснює загально-національну та регіональну соціальну політику з питань запобігання дискримінації у сфері зайнятості за двома напрямками функціонування суб'єктів владних повноважень: унормування стандартів рівності при реалізації права на працю та подолання негативних наслідків порушення прав людини внаслідок дискримінації.

Ефективність здійснення соціальної політики за цими напрямками вимірюється рівнем показників виконання поставлених перед нею цілей.

Принагідно зазначимо, що цілі сучасної соціальної політики держави Україна сформовано відповідно до Цілей сталого розвитку України на період до 2023 року, забезпечення дотримання яких ухвалено Указом Президента України від 30 вересня 2019 року № 722/2019¹, а також згідно із колом завдань, окреслених Стратегією людського розвитку, що схвалена Указом Президента України від 02 червня 2021 року № 225². На виконання вказаних документів розроблено Стратегічний план діяльності Міністерства соціальної політики України на 2022 рік і два бюджетні періоди, що настають за плановим (2023–2024 роки), яким на підставі аналізу ситуації визначено проблеми, що необхідно вирішити для досягнення стратегічних цілей, серед яких підвищення позиції України за Індексом гендерної нерівності внаслідок забезпечення рівних прав і можливостей серед жінок та чоловіків³. Аналіз вказаних нормативних документів свідчить про

¹ Про Цілі сталого розвитку на період до 2030 року. Указ Президента України від 30.09.2019 № 722/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text> (дата звернення: 10.08.2023)

² Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 травня 2021 року «Про Стратегію людського розвитку». Указ Президента України від 02 червня 2021 року № 225. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/225/2021#top> (дата звернення: 10.08.2023)

³ Про затвердження Стратегічного плану діяльності Міністерства соціальної політики України на 2022 бюджетний рік і два бюджетні періоди, що настають за плановим (2023–

те, що соціальна політика держави спрямовується на створення необхідних нормативних, організаційних та економічних передумов для рівних прав та можливостей жінок і чоловіків при їх реалізації у всіх сферах життєдіяльності та створює відповідні механізми для досягнення гендерної рівності.

Водночас реалізація кожної складової соціальної політики залежить від інституційного механізму, який можна розглядати як сукупність нормативних та адміністративно-владних ресурсів забезпечення соціальної політики держави, що має трансформувати підходи до її реалізації залежно від умов розвитку суспільства в певний період. Ефективність його діяльності залежить від рівня розвитку нормативної бази, компетентності суб'єктів владних повноважень, спрямованих на реалізацію державної чи регіональної політики в сфері дотримання рівності прав, та можливості швидкої адаптації в розробці, прийнятті та реалізації нормативних рішень відповідно до викликів сьогодення.

Якщо розглядати роботу інституційного механізму на прикладі однієї із найпоширеніших видів нерівностей за ознакою статі – гендерній, то варто зазначити, що в напрямі соціальної політики України його функціональна діяльність здійснюється на виконання взятих на себе зобов'язань внаслідок підписання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС у 2014 році (далі – Угода)¹ та низки нормативних актів, які визначають концептуальні засади забезпечення гендерної рівності в Україні, основними серед яких є закони України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» від 6 вересня 2012 року № 5207-VI, «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 08 вересня 2005 року № 2866-IV, Розпорядження Кабінету Міністрів України від 12 серпня 2022 р. № 752-р «Про схвалення Державної стратегії забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2030 року та затвердження операційного плану з її реалізації на 2022–2024 роки». Положення цих нормативних актів корелюються із одним із стратегічних напрямів, визначених Національною стратегією прав людини, що затверджена

2024 роки). Наказ Міністерства соціальної політики України від 11.02.2022 № 90. URL: <https://www.msp.gov.ua/documents/6220.html> (дата звернення: 10.08.2023).

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.08.2023).

Указом Президента України від 24 березня 2021 року № 119/2021 – забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, у межах якого має бути досягнута стратегічна ціль – жінки і чоловіки в Україні мають рівні права та можливості у всіх сферах життєдіяльності.

Нормативне забезпечення дотримання рівності прав та можливостей жінок і чоловіків є невід’ємною частиною міжнародного співробітництва в процесі євроінтеграції з метою виконання взятих на себе зобов’язань через адаптацію національного законодавства до права ЄС та контролюються Радою Асоціацій. За період від підписання Угоди до повномасштабного вторгнення росії на територію України наша держава створила нормативну базу в сфері гендерної політики, положення якої спрямовані на захист інтересів жінок і чоловіків, формування гендерно орієнтованих основ діяльності осіб публічного та приватного права із визначенням їх функції та кола повноважень щодо створення можливостей для самоствердження жінок і чоловіків як рівних у правах, обов’язках і відповідальності. Очевидно, що процес адаптації національного законодавства не містив у собі вимог щодо забезпечення виконання антидискримінаційного законодавства під час війни, оскільки розробка цих нормативних актів не передбачала створення механізмів забезпечення рівності в умовах дії правового режиму воєнного стану в Україні, що автоматично надало деяким з них декларативний характер.

Вказане свідчить, що розробка нормативної бази щодо відновлення порушених прав людини та їх захисту в майбутньому повинна мати високий рівень ефективності здійснення правотворчої політики, яка, на думку В.М. Тернавської, має формуватися на основі аналізу стану соціально-економічних і політичних відносин, з урахуванням потреб нового постіндустріального суспільства та змін у суспільній свідомості¹.

Застосовуючи цей висновок до сучасної ситуації в Україні, слід зазначити, що тепер вся державна політика, а особливо соціальна, має створюватися із урахуванням розвитку соціально-економічних відносин під впливом дії воєнного стану, тимчасової окупації окремих територій, численних руйнувань об’єктів цивільної та критичної інфраструктури, цілих українських міст та сіл, масового переміщення осіб із місць постійного проживання в межах та поза межами України, деокупації територій та їх відновлення, а також наслідків від втра-

¹ Тернавська В.М. Правотворча політика України: монографія. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 23.

ти найвищої соціальної цінності – життя людини. В межах здійснення політики органи державної влади та інституційного механізму мають окреслити потреби не лише соціально-економічного змісту, які потребують правового регулювання, а й спрогнозувати результати її реалізації, що можливо досягти за допомогою збору статистичних даних, наявності досконалого законодавства та ефективного його правозастосування, що фактично формує зміст діяльності державного та інституційного механізму при реалізації соціальної політики держави.

На нашу думку, важливою складовою формування змісту та реалізації соціальної політики є ведення гендерної статистики, котра дозволить з'ясувати реальні проблеми із дотриманням антидискримінаційних зобов'язань України в усіх сферах життя суспільства. Особливо збір таких даних необхідно робити в період війни, коли на рівні закону дозволено обмежувати конституційні права людини, в тому числі в сфері зайнятості. Важливо не допустити зловживання правами як роботодавця, так і працівника, коли перші вдаються до зменшення обсягів робіт або ж скасування виплат матеріальних заохочень, мотивуючи це складним економічним станом підприємства, а останні шляхом недобросовісної поведінки нехтують своїми посадовими обов'язками, що призводить до завдання матеріальної шкоди роботодавцю. Про зв'язок зловживання трудовими правами з принципом добросовісності свого часу зазначала Я. Сімутіна, котра в процесі наукового дослідження дійшла висновку, що дотримання принципу добросовісності у відносинах між працівником і роботодавцем є досить важливим для попередження зловживання правом суб'єктом цих правовідносин, оскільки, як визначено у правовій доктрині, реалізація права всупереч принципам добросовісності є зловживанням права¹.

Зрозуміло, що статистичний збір даних не дозволить виявити зловживання трудовими правами, якщо є такі прояви, але водночас наявність інформації, наприклад, про показник гендерних розривів в оплаті праці може сприяти активізації роботи інституційного механізму щодо зміни чи вдосконалення правових інструментів, які використовуються для подолання цього типу нерівності та й загалом сприятиме продовженню формування ефективної соціальної політики, запобігаючи наданню антидискримінаційним законам, прийнятими до введення воєнного стану, декларативного характеру.

¹ Сімутіна Я. В. Зловживання суб'єктивними трудовими правами: постановка проблеми. *Часопис Київського університету права*. 2019/4. С. 166.

Функціонування інституційного механізму при реалізації соціальної політики безпосередньо залежить від досконалості закону, який обумовлює ефективність його застосування органами державної влади, судами і правоохоронними органами. Якщо закон має низьку ефективність, то практика його впровадження не відповідатиме умовам його реалізації, наприклад, коли особа не має фізичної чи технічної можливості скористатися державною послугою або ж суб'єкт владних повноважень неправильно оцінює правовий статус особи, позбавляючи її можливості отримання соціальної послуги чи захисту, складно сказати про високий рівень ефективності закону.

На якість дії закону неабиякий вплив має відповідність вибраних правових засобів його реалізації в умовах дії норми, що, в свою чергу, також знижує чи взагалі виключає ефективність правових норм, які покликані врегулювати складені відносини, що формує фактори досконалості правозастосовної діяльності.

Правозастосовна діяльність – явище складне, таке, що не обмежується виданням актів застосування права. Вона включає не тільки закріплену в процесуальних нормах процедуру «руху справи» (наприклад, від органів розслідування до суду), але і велике число неформальних зв'язків і відносин. Різні ланки правозастосовної підсистеми, її посадові особи оцінюють стан правопорядку, виробляють свої позиції з питань застосування закону, висловлюють думки і впливають на думки інших осіб, приймають рішення по конкретних справах, змінюють поточну практику, виступають із пропозиціями щодо вдосконалення законодавства. Весь цей складний механізм матеріально-правових, процесуальних, організаційних, технічних та інших зв'язків і відносин і утворює правозастосовну діяльність, досконалість якої є однією з важливих умов ефективності дії норми.¹

При характеристиці інституційного чинника здійснення соціальної політики варто зазначити, що зміст закону та практика його застосування є ключовими правовими засобами досягнення нею цілей, які передбачаються у відповідних нормативних документах. Загалом реалізація всієї державної політики через правозастосування здійснюється шляхом взаємодії двох складових: логічної та динамічної, де логічна складова забезпечується законом для виконання функцій та повноважень правозастосовних органів, які, в свою чергу, моделю-

¹ Купіна Л.Ф. Ефективність норм трудового права: теоретичний, нормативний та праксеологічний аспекти: монографія. Київ: Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 137.

2.3 Запобігання дискримінації в сфері зайнятості під час війни...

ють свою діяльність через закон. Такий симбіоз закону та правозастосовної діяльності є як інструментом взаємозв'язку держави і суспільства, так й елементом соціальної політики, що забезпечує управління суспільними процесами. Тому для досягнення цілей та завдань державної політики у різних сферах в умовах викликів сьогодення, що впливають на розвиток суспільства, важливо в часі оцінювати рівень досконалості закону та правозастосовної діяльності, що дозволить контролювати ступінь ефективності правових норм, які врегульовують суспільні відносини в ці періоди та своєчасно вживати заходів щодо її підвищення. З цією метою необхідно розробляти наукові рекомендації щодо вдосконалення закону та правозастосовної діяльності, які стануть основою для розробки актуальних правових засобів здійснення політики держави у нових викликах сьогодення.

При цьому варто зауважити, що правозастосування не позбавлене впливу людського фактору, що залежить від рівня професійної обізнаності посадових осіб, які можуть допускати помилки при застосуванні закону для врегулювання суспільних відносин, суб'єктивно трактувати вимоги правових приписів, вдаватися до обмежень при застосуванні правових норм до різних категорій суб'єктів її дії за різними ознаками, що зрештою призводить до зменшення рівності їхніх прав та можливостей. На сьогодні вказана проблема частково вирішена шляхом запровадження інституту гендерно орієнтованого врядування.

В основі гендерно орієнтованого врядування лежить взаємодія влади і суспільства, яка відіграє вирішальну роль у захисті та реалізації рівності прав громадян, у впровадженні політики гендерної рівності¹. Заслугує на увагу поширення гендерно орієнтованого врядування в органах місцевого самоврядування, що обумовлене підписанням Європейської хартії рівності жінок і чоловіків у житті місцевих громад², яка розроблена Радою європейських муніципалітетів, за змістом якої представники органів місцевого самоврядування мають взяти на себе зобов'язання щодо забезпечення функціонування інституційного механізму реалізації гендерної політики при здійсненні владних повноважень та публічно демонструвати дотримання принципу рівності прав та можливостей жінок і чоловіків.

¹ Іваніна Т., Кисельова О., Колодій М. Гендерно орієнтоване врядування: практич. посіб. Київ, 2021. С. 12.

² Європейська хартія рівності жінок і чоловіків у житті місцевих громад від 01.05.2006. URL: https://www.auc.org.ua/sites/default/files/hartiya_ukr.pdf (дата звернення: 10.08.2023)

Місцеві та регіональні органи самоврядування з метою наближення компонента державного управління до людей повинні створити кращу платформу для боротьби з існуванням і відтворенням нерівності та для розширення можливостей справді рівноправного суспільства. На основі їхніх компетенцій та співпраці з широким колом місцевих зацікавлених сторін можуть бути реалізовані конкретні дії на користь рівності між жінками та чоловіками¹. За публічною інформацією електронного ресурсу «Гендерна рівність у місцевому самоврядуванні та громадах» до Європейської хартії рівності жінок і чоловіків у житті місцевих громад за запрошенням Асоціації міст України приєдналося 83 територіальні громади та 2 обласні ради².

Гендерно орієнтоване врядування включає наступні компоненти: рівну участь жінок і чоловіків у процесі прийняття рішень; рівні можливості впливати на процес управління в економічній, політичній і соціальній сферах; отримання рівної вигоди від розвитку³. Такий підхід, з одного боку, зобов'язує владу створити сприятливі умови для реалізації рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, з другого – створює можливість жінкам і чоловікам у рівних пропорціях користуватися своїми правами, задовольняти власні потреби та інтереси.

Фактично гендерне орієнтоване врядування дозволяє владі оцінити управлінський потенціал її представників при здійсненні соціальної політики з позиції дотримання прав людини і виконання принципів недискримінації та рівності, що є особливо актуальним в умовах війни. Це також дозволить скорегувати дії щодо запобігання дискримінації в сфері зайнятості, що має стати ключовим завданням соціальної політики різних рівнів, у тому числі локальних політик бізнес-структур.

Питання запобігання дискримінації має вирішуватися на всіх стадіях реалізації людиною права на працю. Важливо не вдаватися до дискримінаційних дій не лише на етапі формування вакансій, проведення співбесід, а й в період дії трудового договору, обмежуючи права працівника у кар'єрному зростанні, обійманні керівних посад або вчиняти дії, які принижують його честь та гідність.

¹ Там само

² Гендерна рівність у місцевому самоврядуванні та громадах URL: <https://gender.auc.org.ua/> (дата звернення: 10.08.2023).

³ Making Governance Gender Responsive. URL: https://www.unisdr.org/files/5442_MakingGovernanceGenderResponsive.pdf (дата звернення: 10.08.2023).

З цією метою варто розрізняти ознаки, за якими можуть обмежуватися права та свободи людини, та які наведено в антидискримінаційному законі. За змістом вказаного Закону до таких ознак відносять: расу, колір шкіри, політичні переконання, релігійні та інші переконання, стать, вік, інвалідність, етнічне походження, соціальне походження, громадянство, сімейний стан, майновий стан, місце проживання, мову або інші ознаки¹. Європейська конвенція з прав людини класифікує ці ознаки як захищені. Захищена ознака – це індивідуальна характеристика, що не повинна братися до уваги для цілей відмінного ставлення чи користування конкретним благом². Водночас перелік «захищених ознак» у ст. 14 ЄКПЛ невичерпний, оскільки словосполучення «за іншою ознакою» дозволяє ЄСПЛ застосовувати, наприклад, ті ознаки, що містяться в Директивах ЄС, або інші ознаки³.

За практикою Європейського суду з прав людини *інші ознаки* тлумачаться як такі, що не обмежуються своєю вичерпністю в переліку та до них можна віднести ознаки, пов'язані із членством в профспілках⁴, неналежні побутові умови перебування⁵ тощо. С.Ю. Пономарьов, І.Ю. Федорович зазначають, що *інші ознаки* повинні відображати певну «персональну» характеристику (статус), за якою можна відрізнити осіб або групи осіб, та бути достатньо подібними до ознак, які зазначені у відповідних нормах антидискримінаційного законодавства (в національному контексті це стаття 24 Конституції України та стаття 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації»), зокрема бути невід'ємними, вродженими, незалежними від особи та майже або повністю незмінними характеристиками (як, наприклад, колір шкіри, стать, сексуальна орієнтація) або стосуватися визначального для особистої або групової ідентичності вибору (як,

¹ Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України від 06.09.2012 № 5207–VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text> (дата звернення: 10.08.2023).

² Рішення від 28 березня 1990 року у справі «Грейнджер проти Сполученого Королівства» (Granger v. The United Kingdom), п. 44, серія А № 174. URL: <https://international.vlex.com/vid/case-of-copland-v-870660049> (дата звернення: 10.08.2023).

³ Рішення ЄСПЛ від 16 листопада 2004 року у справі «Унал Текелі проти Туреччини» (Ünal Tekeli v. Turkey) від 16 листопада 2004 р., заява № 29865/96, § 49. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO1362> (дата звернення: 10.08.2023).

⁴ Рішення ЄСПЛ від 28.10.2010 у справі Трофимчук проти України (заява № 4241/03). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_846#Text (дата звернення: 10.08.2023).

⁵ Рішення ЄСПЛ від 8 жовтня 2021 року у справі Сілі проти України (заява № 42903/14). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_g46#Text (дата звернення: 10.08.2023).

наприклад, релігійні або інші переконання, національна належність)¹.

На нашу думку, війна спровокувала виникнення ще одного виду *іншої ознаки* – внутрішнє переміщення особи. Вказана проблема існувала ще з 2014 року, але після повномасштабного вторгнення росії на територію України набула більшої актуальності. За даними Міжнародної організації з міграції, станом на 23 серпня 2022 року кількість внутрішньо переміщених осіб у межах України становить 697 500 осіб, з яких 70% – жінки. Водночас навантаження на жінок, пов'язане з доглядовою працею та забезпеченням членів сім'ї, збільшилося в кілька разів, хоча і не всі жінки з-поміж внутрішньо переміщених осіб змогли знайти роботу².

Згідно із дослідженнями, проведеними Громадською організацією «Громадський холдинг «Група впливу», серед низки бар'єрів, які треба долати переселенцям для налагодження нормального життєвого циклу на новому місці – є не лише мала кількість вакансій у невеликих громадах та низький рівень інформування переселенців про наявні вакансії, а й наявність проблеми, пов'язаної із відмовами у працевлаштуванні внутрішньо переміщених осіб, у зв'язку з ризиком їхнього швидкого повернення у постійне місце проживання, що породжує нерівності при проходженні співбесід на зайняття вакантних посад³.

У вказаному аспекті варто зважати на певні стереотипи щодо людей, які виїхали з окупованих територій або ж були примусово евакуйовані на територію росії. Такі стереотипи формуються внаслідок узагальнених переконань щодо місця проживання особи і, як правило, стосуються населення східних регіонів України та є наслідком маніпулятивних технологій, які використовують автори пропагандистських інформаційних повідомлень незалежно від джерела їхнього походження.

¹ Пономарьов С. Ю., Федорович І. Ю. Запобігання та протидія дискримінації в Україні: посібник для працівників органів державної влади та місцевого самоврядування. Київ: Міжнародна організація з міграції, Представництво в Україні, 2014. С. 74 .

² Звіт про внутрішнє переміщення в Україні. Опитування загального населення, раунд 8, 17–23 серпня 2022 року. URL: <https://displacement.iom.int/reports/zvit-pro-vnutrishne-peremischennya-v-ukraini-opituvannya-zagalnogo-naselennya-rau-nd-8-17-23> (дата звернення: 10.08.2023).

³ Працевлаштування як шлях до інтеграції внутрішньо переміщених осіб: бар'єри та можливості. URL: https://www.vplyv.org.ua/wpcontent/uploads/2023/06/%D0%9F%D1%80%D0%B5%D0%B7%D0%B5%D0%BD%D1%82%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F_%D0%93%D0%A0%D0%A3%D0%9F%D0%90%D0%92%D0%9F%D0%9B%D0%98%D0%92%D0%A3_29-%D1%87%D0%B5%D1%80%D0%B2%D0%BD%D1%8F.pdf (дата звернення: 10.08.2023).

ня – територія росії чи України. На жаль, вони сприяють формуванню відповідних «кліше» та поділу суспільства на різні групи, до складу яких у неофіційний спосіб часто входять роботодавці, представники державних органів та місцевого самоврядування, котрі стають учасниками публічних обговорень у соціальних мережах окремих ситуацій чи поведінки переселенців, що видається їм некоректною щодо місцевих жителів, політики місцевого самоврядування, державної політики чи законних можливостей реалізації соціальних прав, тим самим вдаючись до дискримінації за ознакою «внутрішньо переміщеної особи», порушуючи при цьому не лише ст. 14 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб»¹, а й норми Кодексу законів про працю України в частині дотримання рівності прав при реалізації права на працю. В цьому випадку дискримінація виникає через встановлення обставин, які обумовлюють місце перебування особи, наявність статусу внутрішньо переміщеної особи, необ'єктивне ставлення до життєвої ситуації, в якій вона перебуває, нестійкий психоемоційний стан усіх сторін діалогу або ж інші індивідуальні ознаки, пов'язані із станом здоров'я особи (захворювання на ВІЛ/СНІД) чи наявність на утриманні особи непрацездатних членів сім'ї, що в антидискримінаційних практиках уважається мультидискримінацією за персональними ознаками та ситуативними обставинами. Вказане підтверджується практикою Європейського суду з прав людини, який у справі «Борден проти Сполученого Королівства» (*Burden v. UK*) визнав, що різне ставлення до осіб у відповідним чином схожих ситуаціях є дискримінаційним, якщо воно не має об'єктивного й розумного виправдання, інакше кажучи, якщо воно не передбачає законної мети або відсутнє розумне пропорційне співвідношення між запровадженими заходами і поставленою метою².

Процес євроінтеграції України акцентує увагу на змісті рішень ЄСПЛ як таких, що впливають на законотворчий процес в Україні, на інституційний механізм забезпечення гендерної рівності та недискримінації через різні правові інструменти, у тому числі через забезпечення рівних прав та можливостей у сфері зайнятості. На сьогодні, незважаючи на війну, інституційні органи продовжують реалізовува-

¹ Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб: Закон України від 20.10.2014 № 1706-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1706-18#Text> (дата звернення: 10.08.2023).

² Посібник з європейського антидискримінаційного права. URL: <https://rm.coe.int/1680099a18> (дата звернення: 10.08.2023).

ти євроінтеграційну політику через План заходів з виконання Угоди про асоціацію¹ щодо наближення законодавства України до нормативів і правил Європейського Союзу, що не лише сприяє швидкому переміщенню України з набутого нещодавно статусу країни-кандидата до повноцінного члена ЄС, а й є частиною антидискримінаційної соціальної політики держави.

Значну роль в активізації роботи інституційного механізму, а також підтримки в працевлаштуванні та соціалізації як ВПО, так і жінок, котрі втратили роботу через війну, відіграє громадський сектор, який налагодив співпрацю із міжнародними інституціями та має неабияку підтримку з боку іноземних благодійних фондів. Інститути громадянського суспільства ще з 2014 року проводять свою роботу з підтримки, адаптації та налагодження всіх життєво необхідних процесів осіб, які переїхали на нове місце проживання у зв'язку із окупацією Криму та Донбасу. Діяльність громадських організацій з ВПО допомагала владі глибше зануритися у проблеми, з якими стикалися люди при переїздах, а також налагодити механізми взаємодії влади, суспільства, міжнародних організацій та осіб, що потребують соціальної підтримки чи захисту. Набутий досвід та практика реалізації численних проєктів з підтримки ВПО дозволили впоратися з новим викликом для представників громадянського суспільства – інтеграція ВПО до територіальних громад більш безпечних регіонів України у зв'язку із повномасштабним вторгненням росії на територію України. Важливим інструментом в забезпеченні реалізації прав ВПО стала взаємодія громадських організацій з владою через функціонування Рад з питань внутрішньо переміщених осіб, які були створені при обласних військових адміністраціях. Як зазначила віце-прем'єр-міністерка України – Міністерка з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України, такі прояви самоорганізації українців є абсолютно необхідними та актуальними. Вони допоможуть людям не відчувати себе ізольованими. Вони допоможуть владі чути проблеми ВПО. Вони допоможуть скоординувати зусилля з нашими міжнародними партнерами.²

¹ Про виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Постанова Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2017 року № 1106. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1106-2017-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.08.2023).

² Інтеграція в громаду. URL: <https://sss-ua.org/news/integracziya-v-gromadu-ta-praczevlashtuvannya-u-ternopoli-obgovoryly-priorytetni-pytannya-shhodo-pereselencziv/> (дата звернення: 11.08.2023).

З лютого 2022 року громадські організації стали ключовими стейкхолдерами у формуванні соціальної політики держави щодо зміцнення правового статусу ВПО, а також подолання дискримінаційних проявів у суспільстві щодо них за різними ознаками. Представники громадських організацій потужно активізують та мотивують осіб різної статі та віку до розробки проблем місцевого чи локального рівня, які мають негативний соціальний вплив на життя громад, що дозволяє підвищити рівень інформованості влади про потреби ВПО або осіб, котрі потребують підтримки різного характеру: матеріальної, соціальної чи психологічної. Досить часто можна спостерігати за діяльністю громадських організацій, котрі за підтримки міжнародних благодійних фондів, іноземних неурядових структур чи фінансових донорів забезпечують реалізацію різного роду соціальних проєктів, метою яких є розробка пропозицій щодо корегування напрямів соціальної політики в частині забезпечення прав як внутрішньо переміщених осіб, так й осіб, що постійно проживали на території відповідної громади та у зв'язку із війною потребують підтримки з боку держави. Вказана діяльність є формою взаємодії інститутів громадянського суспільства із владою, яка корелюється із завданнями Національної Стратегії розвитку громадянського суспільства в Україні на 2021–2026 роки, що затверджена Указом Президента України від 27 вересня 2021 року № 487/2021, за змістом якої така взаємодія має відбуватися на всіх етапах реалізації державної політики: проведення аналізу стану реалізації державної політики у відповідній сфері та визначення тенденцій, виокремлення проблем, вироблення варіантів їх розв'язання, розроблення проєктів рішень, їх імплементації та моніторингу реалізації, оцінювання результативності¹. Такі підходи застосовуються владою з огляду на те, що громадські організації мають швидку та дієву реакцію на нагальні проблеми чи виклики суспільства, високий ступінь фаховості при проведенні аналітичних досліджень та формуванні рекомендацій чи пропозицій щодо вчинення конкретних дій для реформування законодавства чи його адаптації до права ЄС із орієнтиром на міжнародні правила та стандарти, у тому числі щодо забезпечення рівності прав та можливостей жінок і чоловіків, а також проводять потужну інформаційно-навчальну роботу зі своїми однодумця-

¹ Про затвердження Національної Стратегії розвитку громадянського суспільства в Україні на 2021–2026 роки: Указ Президента України від 27 вересня 2021 року № 487/2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/487/2021#top> (дата звернення: 11.08.2023).

ми – іншими представниками громадського сектору, що популяризує інститути громадянського суспільства як рушійну силу в розвитку демократичного суспільства. Організаційний розвиток інститутів громадянського суспільства здійснюється через організацію міжнародних та всеукраїнських заходів, метою яких є пошук спільних рішень щодо нагальних проблем українців. Одним із таких заходів є Форум розвитку громадянського суспільства. Це найбільша національна платформа для навчання, спілкування та обміну досвідом у сфері організаційного розвитку благодійних та громадських організацій, який вперше відбувся у 2012 році і відтоді щороку кількість учасників та обсяг суспільної уваги до Форуму збільшується. Організатором Форуму є ICAP «Єднання», який запрошує до партнерства у проведенні події велику кількість донорів та партнерів: Агентство США з міжнародного розвитку (USAID), Уряд Швеції (Sida), Програма розвитку ООН в Україні, Представництво ЄС в Україні, Фонд Ч.С. Мотта, Міжнародний фонд «Відродження» тощо¹. Консолідація зусиль представників громадських організацій у такий спосіб дозволяє не лише обмінюватися досвідом у реалізації соціальних проєктів, а й сприяє подоланню викликів та загроз через використання результатів роботи проведених заходів у діяльності держави по зміні підходів, напрямів державної політики з урахуванням рекомендацій з реформування відповідної сфери суспільного життя через зміни в законодавстві та його адаптацію до права ЄС.

За результатами дослідження з розрахунку індексу реформ, проведеного експертами аналітичної платформи VoxUkraine, минулий рік дійсно став локомотивом для багатьох зрушень та нагальних реформуваль в українському законодавстві. Серед усіх прийнятих з 1 січня 2022 року по 1 січня 2023 року законодавчих новацій виокремили 164 найважливіших, які мають великий вплив на економіку і суспільство. Найвищу оцінку експертів отримали дії щодо ратифікації Україною Стамбульської конвенції².

Ратифікація Стамбульської конвенції відбулася 20 червня 2022 року шляхом прийняття Верховною Радою України Закону України «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про запобігання

¹ Форум розвитку громадянського суспільства. Електронний ресурс. URL.: <https://cd-platform.org/forum> (дата звернення: 11.08.2023).

² Доронцева С. Індекс реформ. URL: https://voxukraine.org/reformy-u-rik-vijny-dev-yat-sfer-yaki-zaznaly-najbilshyh-zmin-u-2022-rotsi#_ftnref2 (дата звернення: 11.08.2023).

насилъству стосовно жінок і домашньому насилъству та боротьбу із цими явищами» № 2319-ІХ. Згідно із Законом, який був підписаний Президентом України 21 червня 2023 року, жодна ідеологія в Україні не визнається державою як обов'язкова та не підлягає впровадженню. Україна застосовуватиме Конвенцію відповідно до цінностей, принципів і норм, визначених Конституцією України, зокрема щодо захисту прав людини та основних свобод, рівності прав і можливостей жінок і чоловіків, формування відповідального материнства й батьківства, підтримки сім'ї та охорони дитинства¹.

Ратифікація конвенції є одним із найважливіших етапів приєднання України до принципів ЄС з позиції ознак здорового суспільства та формує засади політики держави щодо протидії насилъства відносно жінок та дівчат і досягнення рівності в правах та можливостях. Крім того, ратифікація Стамбульської конвенції усталено закріпила позицію України щодо усунення дискримінації шляхом імплементації до національного законодавства положень Конвенції ООН з ліквідації всіх форм дискримінації щодо жінок (CEDAW)². Україна стала однією з перших країн у світі, яка ратифікувала CEDAW 19 грудня 1980 року та Факультативний протокол у 2003 році. За період ратифікації конвенції, з метою виконання взятих на себе зобов'язань перед Комітетом з ліквідації дискримінації щодо жінок Україна створила відповідну нормативну базу, положення актів якої спрямовані на встановлення фактичної рівності жінок і чоловіків та ліквідацію дискримінації жінок у різних сферах суспільних відносин. Ступінь виконання зобов'язань оцінюється Комітетом CEDAW шляхом аналізу періодичних доповідей, які подає Україна кожні 4 роки. У жовтні 2022 року Комітет CEDAW розглянувши Дев'яту періодичну доповідь України щодо дій по ліквідації дискримінації позитивно схвалив досягнення України у виконанні взятих зобов'язань, які попри війну були реалізовані інституційними органами держави, висловивши окремі зауваження і рекомендації щодо спрямування національної ан-

¹ Президент підписав закон про ратифікацію Стамбульської конвенції. URL: <https://www.president.gov.ua/news/prezident-pidpisav-zakon-pro-ratifikaciyu-stambul'skoyi-konve-75969> (дата звернення: 11.08.2023).

² Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (CEDAW) – це один з основних міжнародних договорів про права людини в рамках системи договорів ООН, який накладає на держави-учасниці юридичне зобов'язання забезпечувати дотримання, захист і реалізацію прав жінок у різних сферах. Конвенцію було ухвалено 18 грудня 1979 року, і до 2018 року її ратифікували 189 країн.

тидискримінаційної політики на запобігання порушення прав жінок в умовах війни.

Варто зауважити, що ліквідація дискримінації, запобігання насильству жінок тривалий час є окремим напрямом соціальної політики України, яка реалізується шляхом прийняття відповідних нормативних актів та розробки системного підходу до порядку виконання міжнародних приписів з ліквідації дискримінації у всіх сферах суспільного життя. Водночас викликом, який стоїть перед інституційним механізмом із забезпечення рівності прав та можливостей жінок та чоловіків в умовах війни, є проведення активної роботи із реалізації тих міжнародних зобов'язань та ініціатив, до яких приєдналася Україна за останні роки шляху євроінтеграції, не надаючи статус прийнятим нормативним актам національного законодавства декларативного характеру.

Якщо аналізувати діяльність інституційного механізму за останні роки, то слід визнати, що в рамках виконання антидискримінаційних зобов'язань, які покладені на Україну як вказаними конвенціями, так і у зв'язку із приєднанням до інших міжнародних ініціатив, зокрема до «Партнерство Біарріц» з утвердження гендерної рівності та Міжнародної коаліції за рівну оплату праці, інституційні органи проводять активну законотворчу роботу над подоланням гендерного розриву в оплаті праці. З цією метою у травні 2023 року Мінекономіки презентувало Національну стратегію щодо подолання гендерного розриву в оплаті праці на період до 2030 року, план реалізації якої передбачає подолання стереотипів і дискримінації за ознакою статі, удосконалення законодавства по оплаті праці, створення умов для зручного поєднання сімейних та професійних обов'язків, що дозволить усунути обмеження за будь-якими ознаками. Це досить важливий документ, який має стати орієнтиром для зміни законодавства про працю в частині формування дієвих інструментів, за допомогою яких жінки матимуть можливість реалізувати свої здібності нарівні з чоловіками.

Україна має досвід реалізації гендерно орієнтованих політик і показовим інструментом у механізмі забезпечення рівності прав та можливостей жінок та чоловіків стало усунення дискримінаційних норм та розширення доступу жінок до «чоловічих» професій та спеціальностей, що вирівняло право жінок з чоловіками на проходження військової служби. Варто визнати, що суспільство не відразу позитивно відреагувало на вказані зміни в законодавстві, але, як зазначила представниця Інституту соціальної та політичної психології НАПН Укра-

їни, ставлення у суспільстві до жінок у війську після початку великої війни значно змінилося. Якщо в 2018 році ідею рівноправності жінок і чоловіків в армії підтримували 53% українців та українок, то тепер – 80%. За її словами, хоча соціальні стереотипи патріархального характеру досі відчутні, проте ідея рівності статей – а особливо у справі захисту країни – стає соціальною нормою¹.

Існування гендерної нерівності в трудових правовідносинах, як правило, пояснюється історично сформованим статусом жінки в соціумі. Значний вплив на формування цього статусу має наявність вищої освіти у жінки, фізіологічна можливість у реалізації функції материнства, потреба у вихованні дітей та ведення домашнього господарства. Підвищили ці показники статусності жінки нові суспільні виклики: в 2020–2021 роках – пандемія, в 2022 році – війна, коли під час карантину переважно на жінку було покладено соціальний обов'язок організації освітнього процесу дитини в дистанційному режимі, а згодом, з початку повномасштабного вторгнення росії на територію України – забезпечення безпечного життя для дитини, оскільки батько став на захист країни.

Зрозуміло, що існує практика рівних умов у процесі життєдіяльності та реалізації трудової функції жінкою та чоловіком, але одним із показників, який свідчить про нерівність між чоловіком та жінкою при здійсненні права на працю, є розрив у заробітній платі, що, як правило, має позитивне значення на користь чоловіків. За інформацією Міністерки економіки України Юлії Свириденко, за останні сім років розрив в оплаті праці жінок та чоловіків в Україні скоротився на 7,4% і на сьогодні він становить 18,6%. Цей показник є більшим, ніж у багатьох країнах ЄС. Сучасна мета інституційного механізму – змінити ситуацію. Влада сфокусована на тому, щоб тенденція до скорочення гендерного розриву в оплаті праці стала стійкою та незворотною. Для цього мають бути подолані стереотипи роботодавців, жінок та суспільства загалом щодо професій. Необхідно осучаснити трудове законодавство, щоб забезпечити рівну оплату праці. Допомогти жінкам підвищити впевненість в тому, що вони можуть займати керівні посади, отримувати високу оплату за роботу, бути економічно незалежними².

¹ Жінка у війську: труднощі та поступ Електронний ресурс. URL: <https://50vidstokiv.org.ua/zhinka-u-vijsku-trudnoshhi-ta-postup/> (дата звернення: 11.08.2023).

² Тенденція до скорочення гендерного розриву в оплаті праці має стати стійкою та незворотною. URL: <https://www.me.gov.ua/News/Detail?lang=uk-UA&id=286d47a4-0290-42d6-af90-addd2b1a44d1&title=OplatPratsi> (дата звернення: 11.08.2023 р.)

Для цього слід створити дієві механізми правореалізації, які матимуть належний організаційний та матеріальний ресурс, що забезпечить рівність у правах та можливостях у всіх сферах суспільного життя, а особливо при організації зайнятості населення.

Щодо організаційного забезпечення, то його функцію виконують Віце-прем'єр-міністр з питань європейської та євроатлантичної інтеграції України, Урядова уповноважена з питань гендерної політики та комісія з питань координації взаємодії органів виконавчої влади щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, яку очолює Віце-прем'єр-міністр з питань європейської та євроатлантичної інтеграції України. До її складу входять заступники міністрів, керівників інших центральних органів виконавчої влади, які призначені уповноваженими особами (координаторами) з питань забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків у відповідних центральних органах виконавчої влади¹. Вбачається, що їхня діяльність буде ефективною, коли пріоритетом у реалізації їхніх повноважень щодо побудови дієвих інструментів здійснення соціальної політики стане антидискримінаційний елемент, пов'язаний із забезпеченням рівності прав та можливостей жінок і чоловіків відповідно до міжнародних стандартів, що дозволить сформуванню усталеної позиції в суспільстві про цінність рівноправності.

Щодо матеріальної складової забезпечення рівності прав та можливостей, то в цьому випадку важливим є не лише подолання гендерних розривів в оплаті праці, а й створення програм підтримки жінок, осіб похилого віку, інвалідів та ВПО, в реалізації права на працю, зміні професії чи місця роботи. На нашу думку, сучасна соціальна політика щодо реалізації державних програм фінансово-економічного змісту, які спрямовані на покращення матеріального рівня населення під час дії воєнного стану, не в повну міру орієнтована на активний розвиток трудових відносин. Згідно із офіційною інформацією сайту Державної служби зайнятості основний акцент у наданні державної підтримки як жінкам, так і ВПО, робиться на порядок отримання мікрогрантів на відкриття власної справи, що виходить за межі пред-

¹ Про схвалення Державної стратегії забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2030 року та затвердження операційного плану з її реалізації на 2022–2024 роки: розпорядження Кабінету Міністрів України від 12 серпня 2022 р. № 752-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/752-2022-%D1%80#Text> (дата звернення: 11.08.2023).

2.3 Запобігання дискримінації в сфері зайнятості під час війни...

мету трудового права. Зрозуміло, що держава використовує всі правові інструменти для перепрофілювання чи профорієнтації осіб, які шукають роботу, але чи не є такий спосіб стимуляцією до розвитку підприємницької діяльності, ризик виконання якої бере на себе особа, у тому числі відповідальність за створення нових робочих місць та забезпечення належних умов праці? Звісно, що в цьому є позитив, але соціальна політика в сфері зайнятості має забезпечувати баланс інтересів держави та особи, що шукає роботу та котра не завжди має хист до підприємництва, а може себе реалізувати винятково у разі організації її праці роботодавцем, який має досвід організації праці працівників. Тому, на нашу думку, орган, який є централізованою системою державних установ у сфері працевлаштування, до завдань якого входить забезпечення комплексного вирішення питань, пов'язаних з регулюванням зайнятості населення, професійною орієнтацією, соціальною підтримкою тимчасово безробітних громадян, має реалізовувати соціальну політику держави шляхом розробки та впровадження програм, пов'язаних саме із розвитком сталих трудових відносин, адже наявність останніх у системі суспільних відносин гарантує у разі втрати роботи чи вимушеного переміщення у зв'язку із війною належний соціальний захист та забезпечує виконання міжнародних зобов'язань щодо реалізації ефективної політики зайнятості, що спрямовується на виконання п'ятої стратегічної цілі Національної економічної стратегії до 2030 року – забезпечення рівних прав та можливостей для кожного, інклюзії та безбар'єрності, високого рівня соціального захисту для гідного життя; підвищення рівня зайнятості жінок і чоловіків відповідних вікових груп та скорочення розриву в оплаті праці жінок і чоловіків¹. Варто зазначити, що незважаючи на наявність окремих положень Національної стратегії, спрямованих на вдосконалення політики зайнятості, в основному її зміст орієнтований більше на розвиток економічної складової державної політики, що досить мало сприяє реформуванню трудового законодавства як основного регулятора відносин щодо реалізації людиною права на працю. Фактично зміст Національної стратегії не сприяє модернізації трудового права шляхом гармонізації із правом ЄС щодо політики зайнятості, оскільки стратегічні цілі переважно орієнтовані

¹ Про затвердження Національної економічної стратегії на період до 2030 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 3 березня 2021 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/179-2021-%D0%BF#n25> (дата звернення: 11.08.2023).

на розвиток підприємництва як ключового ресурсу економічної політики, що, в свою чергу, знижує ефективність правових інструментів, які мають забезпечувати соціальну політику із сприяння розвитку зайнятості через укладення трудових договорів та дає підстави вважати про неузгодженість національних стратегічних цілей щодо розвитку соціальної та економічної політики. Цю проблему можливо вирішити через оновлення трудового законодавства шляхом прийняття нового кодифікованого акту, який у часі врегулює трудові відносини з урахуванням євроінтеграційного шляху України та умов воєнного стану і післявоєнного відновлення нашої країни. Крім того, необхідно підвищувати престиж роботи за трудовим договором шляхом проведення інформаційно-роз'яснювальної роботи серед населення, проведення заходів, метою яких буде поглиблення знань щодо ролі трудового договору в процесі праці, а також впровадження політики рівності в зайнятості. Неабияку роль у цьому процесі відіграють наукові установи та інститути громадянського суспільства.

Убачається, що одним із інструментів, який би дозволив розвинути соціальну політику в напрямі посилення значення роботи за трудовим договором, є забезпечення співпраці органів державної влади та місцевого самоврядування з науково-дослідними установами, у тому числі в розробці проблем дискримінації та гендерно орієнтованої соціальної політики, а також залучення до проведення експертиз, збору статистичних даних щодо поширення принципу рівності прав та можливостей при реалізації місцевих, регіональних та локальних соціальних політик міжнародних центрів та асоціацій, які зможуть допомагати впроваджувати антидискримінаційну практику в організацію зайнятості та працевлаштування населення, проведення громадського обговорення проєктів нормативно-правових актів і програм, спрямованих на забезпечення рівності у всіх сферах суспільного життя.

Важливим чинником при формуванні напрямів, цілей та розробки проблем, які необхідно вирішувати за допомогою правових інструментів, є участь громадських організацій і підтримка громадських ініціатив, спрямованих на формування культури рівності прав та можливостей, подолання усталених стереотипів щодо ролі та місця жінок у суспільстві.

Варто визнати, що саме під час війни проявилася активна позиція громадських організацій, метою діяльності яких є забезпечення

рівності прав і можливостей жінок та чоловіків в суспільно-політичних процесах, що дозволило продовжити впровадження гендерних підходів у практику діяльності державних та недержавних інституцій та не зупиняти роботу з правового забезпечення рівноправності людей незалежно від статі. З цього приводу висловилися експерти з гендерної політики під час панельної дискусії на тему «Гендерна політика та війна: ризики, виклики, здобутки», які зазначили, що в Україні розгортається тренд, коли жінки стають активними учасницями боротьби за свободу країни, а не лише жертвами війни. Учасниці дискусії зауважили, що тенденція підкріплюється урядовими документами, зробленими у співпраці з Українським жіночим фондом, Українським ветеранським рухом, за участю мережі радників з гендерних питань¹. Державна політика в цьому напрямі була скерована до закріплення антидискримінаційних правил на законодавчому рівні шляхом оновлення Національного плану дій (надалі – План) з виконання резолюції Ради Безпеки ООН 1325 «Жінки, мир, безпека», який затверджений Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2020 року № 1544-р.² Він містить положення, що передбачені резолюцією ООН, як мають бути відображені у змістах державної та регіональної соціальних політик та забезпечать рівноправність жінок і чоловіків при прийнятті рішень.

Ключовими питаннями, які мають бути вирішені під час реалізації заходів, передбачених Планом, є запобігання насильству за ознакою статі та захист прав в умовах конфліктів. Оновлення змісту Плану має трансформувати підходи до формування соціальної політики щодо подолання усталеної практики щодо ролі жінки під час війни, враховуючи те, що вони в більшу міру страждають від збройних конфліктів та їх наслідків, але не мають рівності при ухваленні рішень, пов'язаних із вирішенням конфліктів та участі у мирних перемовинах. Високий рівень виконання Плану, а водночас і резолюції ООН, може бути забезпечений, коли практичні результати реалізації соціальної політики свідчитимуть про участь жінок при вирішенні кон-

¹ Гендерна політика та війна: ризики, виклики, здобутки. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-presshall/3670011-genderna-politika-ta-vijna-riziki-vikliki-zdobutki.html> (дата звернення: 11.08.2023).

² Про затвердження Національного плану дій з виконання резолюції Ради Безпеки ООН 1325 «Жінки, мир, безпека» на період до 2025 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2020 року № 1544-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1544-2020-%D1%80#Text> (дата звернення: 11.08.2023).

фліктів, відновленні миру, захисті жінок від гендерно зумовленого насильства під час конфліктів та зважання на особливі потреби жінок, які виникають під час збройних конфліктів.

Уважаємо, що під час війни соціальна політика для рівності прав та можливостей має передбачати заходи, пов'язані із проведенням роз'яснювальної та профілактичної роботи не лише з цивільним населенням, а й військовослужбовцями щодо залучення жінок до врегулювання конфліктів або ж подолання їхніх наслідків. У цьому напрямі для проведення відповідних операцій доцільно буде використовувати заходи гендерно чутливої комунікації: залучення жінок-військовослужбовців, які здатні будуть провести ефективну комунікацію із жінками, що піддалися насиллю чи перебували в зоні конфлікту та використовувати аналогічні інструменти при роботі із чоловіками, котрі не завжди можуть звернутися за допомогою чи інформацією до представниці жіночої статі.

Важливим буде також проведення заходів, спрямованих на виявлення проблем, з якими стикаються жінки на звільнених територіях: забезпечення своєчасної медичної, гуманітарної та психологічної допомоги; залучення жінок до відновлення функціонування системи органів публічної влади через подолання кадрового дефіциту; впровадження заходів щодо реінтеграції населення в соціальний, економічний, інформаційно-культурний простір. Саме під час реалізації цих заходів держава має змогу та повинна реалізовувати соціальну політику із неухильним дотриманням принципу рівності прав і можливостей, при цьому не лише за ознакою гендеру, а й з дотриманням інших критеріїв антидискримінаційних практик. При цьому важливо забезпечити нормативне регулювання здійснення вказаних заходів із дотриманням як антидискримінаційної політики, так і гарантуванням реалізації усіх прав людини загалом. На нашу думку, основним акцентом при розробці планів реалізації вказаних заходів є зосередження уваги нормотворців на інструментах, які дозволяють підвищити рівень правового захисту людської гідності як основи усіх прав, що нерозривно поєднано не лише із правом на життя, а й іншими правами, у тому числі соціальними.

2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування

Аліментні відносини є одними з найбільш конфліктних у сімейних відносинах. Пошук законодавцем балансу інтересів усіх учасників таких правовідносин пояснює часті зміни в їх правовому регулюванні, а це, у свою чергу, зумовлює суперечливу та недосконалу судову практику. З розвитком концепції забезпечення найкращих інтересів дитини необхідними стали і зміни в підходах до розуміння змісту аліментних зобов'язань. Аліменти виступають способом реалізації права дитини на утримання батьками, а отже законодавче забезпечення їх належного присудження і стягнення є фундаментальними для розвитку і удосконалення національного сімейного законодавства. Протягом останніх кількох років питання аліментних правовідносин набули особливої актуальності. За цей час було прийнято низку законодавчих актів, які спростили судову процедуру стягнення аліментів, а також посилили відповідальність платників аліментів у разі прострочення їх сплати. Вирішення проблемних питань у сфері аліментних відносин вимагає комплексного підходу і змін як у законодавстві, так і запровадження змін в практичних підходах до вирішення питань, пов'язаних із аліментними зобов'язаннями.

Мета цього дослідження полягає в здійсненні аналізу практичних підходів у сфері аліментних правовідносин та виявлення їх недоліків, а також наданні пропозицій щодо їх усунення як шляхом зміни окремих підходів до правозастосування, так і у спосіб внесення змін у національне законодавство.

В Україні останні суттєві реформи аліментних правовідносин відбулися в 2017–2018 роках, коли було ухвалено три закони, якими змінено низку підходів до правової природи аліментів, способів їх стягнення, обчислення заборгованості тощо. Зокрема, Законом України № 2037-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку стягнення аліментів» від 17.05.2017 було викладено в новій редакції статті 179 СК України. Ключова зміна стосується зміни правового режиму аліментів, які було визнано власністю дитини, а не одного з батьків, як це було раніше.

У науці сімейного права неодноразово зверталася увага на нелогічність законодавчого положення про те, що власником аліментів є той з батьків, на ім'я кого вони виплачуються¹. Серед ключових причин вказувалися, по-перше, «неповність» права власності на аліменти. Тобто якщо аліменти – власність одержувача, тоді відповідно до статті 319 ЦК України закон не повинен обмежувати власника у напрямках і способах використання його власності (власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд). Однак стосовно аліментів у попередній редакції статті 179 СК України було передбачено цільове використання таких коштів їх власником. По-друге, в силу особливої природи аліментів у судовій практиці знайшов відображення підхід про неможливість звернення стягнення на аліменти, хоча вони і є власністю особи-боржника (йдеться про одержувача аліментів, який є боржником в інших правовідносинах). По-третє, в законодавстві були відсутні чіткі положення щодо відповідальності для власника аліментів у разі їх нецільового використання.

Отже, юридична конструкція, яка передбачала визнання аліментів на дитину власністю того з батьків, на ім'я кого вони виплачувалися, породжувала як наукові дискусії, так і практичні проблеми. Право власності одержувача аліментів мало настільки вузький зміст, що з погляду теорії цивілістики ставило під сумнів існування власності як такої. Зрештою, в законодавстві європейських держав аліменти визнаються власністю дитини та на них поширюється відповідний режим управління майном дитини. Відтак законодавче закріплення за дитиною права власності на аліменти, які сплачуються на таку дитину, є цілком виправданим і обґрунтованим. Разом з тим започаткована реформа потребує подальшої реалізації та удосконалення інших положень національного законодавства.

Насамперед має місце проблема застосування статті 190 СК України, яка передбачає припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно. Нечіткість положень частини другої статті 190 СК України зумовлює дискусію як серед науковців, так і серед практикуючих юристів, передусім нотаріусів, щодо суб'єкта, який набуває право власності на об'єкт нерухомості взамін на припинення права на аліменти. Зокрема, набувачем може бути сама дитина або дитина і той з батьків, з ким вона проживає (стя-

¹ Див., напр.: Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України: пер. з рос. / С.В. Ківалов та ін.; за ред. Ю.С. Червоного. Київ; Одеса: Юрінком Інтер, 2008. С. 280.

2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування

гувач аліментів). Практика, коли право власності на нерухомість набувається другим з батьків спільно з дитиною, є досить поширеною. Однак такий підхід ґрунтується на положеннях попередньої редакції статті 179 СК України, оскільки саме така особа була власником аліментів і відповідно «відмовлялася» від них взамін на набуття права власності на нерухоме майно.

Визнання за дитиною права власності на аліменти зумовлює відсутність фактичних підстав для передачі права власності на об'єкт нерухомості одному з батьків такої дитини відповідно до статті 190 СК України. Тобто застосування статті 190 СК України має відбуватися з урахуванням положень статті 179 СК України та передбачати виникнення права власності на об'єкт нерухомості саме у дитини як власника аліментів. Однак доводиться констатувати, що на практиці зміни підходу не відбулося і нерухомість продовжує і надалі передаватися у власність стягувача аліментів, оскільки стаття 190 СК України прямо допускає таку можливість.

Отже, доцільним видається узгодити зміст статей 179 і 190 СК України та прямо передбачити, що винятково дитина як єдиний власник аліментів може бути набувачем нерухомості за договором про припинення права на аліменти.

Незважаючи на внесені законодавчі зміни щодо власника аліментів, за загальним правилом вони виплачуються на ім'я одного з батьків або іншого законного представника дитини. Тому у заяві про видачу судового наказу, позовній заяві чи відповідних судових рішеннях мало б вживатися сполучення слів, передбачене законодавством, а саме – «на ім'я...» (замість «на користь...»). Формулювання «на користь...» видається невдалим до вживання у аліментних правовідносинах, оскільки, як правило, воно має на увазі власність або ж принаймні вигоду чи матеріальний інтерес особи, тоді як з погляду закону задовольняється матеріальний інтерес саме дитини, а її законний представник може мати лише процесуальний інтерес. Однак доводиться констатувати, що в абсолютній більшості судова практика залишається інертною та продовжує послуговуватися застарілими формулюваннями.

Ураховуючи зазначене, цілком закономірно постає питання про зміну процесуального статусу дитини у справах про стягнення аліментів. Видається, що в ідеалі дитина як власник аліментів повинна мати статус сторони (позивача або відповідача) у позовному прова-

дженні або заявника (стягувача) у наказному провадженні. В межах здійснених реформ аліментного законодавства питання змін до процесуального законодавства в досліджуваному аспекті не поставало. Однак сьогодні це набуває неабиякого практичного значення.

Обоє з батьків є законними представниками дитини та можуть представляти її інтереси у суді. Відтак набуває актуальності необхідність законодавчих змін, які б регламентували особливості процесуального статусу законних представників дитини у спорах між ними.

Сторони судового процесу, як відомо, мають матеріально-правовий та процесуально-правовий інтерес. Загалом матеріально-правовий інтерес полягає у захисті прав та інтересів; винесенні судом по конкретній справі рішення, яке впливає на права та обов'язки сторони. Як зазначає у своїй праці І.Е. Берестова, під процесуальним інтересом розуміються закріплені в нормах цивільного процесуального законодавства способи поведінки учасників цивільного судочинства, не забезпечені можливістю вимагати певної поведінки учасників від суду або через суд від інших учасників судового розгляду, спрямовані на досягнення цілей і завдань цивільного судочинства¹.

Дитина як власник аліментів має матеріальний інтерес у справі про стягнення таких аліментів, натомість від імені дитини діє її законний представник (один з батьків або інша особа). Тобто такий законний представник не має і не може мати матеріального інтересу в результаті вирішення справи, його інтерес є процесуальним. Відповідно така різниця у статусі учасників справи має відобразитися і в процесуальних документах та судовій практиці. Тобто стороною у справі повинен виступати саме власник аліментів (дитина), тоді як її законний представник є лише представником у розумінні статті 59 ЦПК України.

Зауважимо, що в практиці національних судів є певні зрушення в цьому напрямі. Зокрема, розглядаючи справи № 538/1818/20 та № 209/1782/20, в яких суди нижчих інстанцій закрили провадження у зв'язку з відмовою позивача від позову про стягнення аліментів, Верховний Суд скасував рішення нижчих судів і вказав, що батьки як законні представники своїх малолітніх та неповнолітніх дітей згідно з статтею 155 СК України не можуть здійснювати права всупереч

¹ Берестова І. Процесуальні інтереси в цивільному процесі: загальні підходи. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2017. Вип. 4. С. 30–35. URL: <http://www.nvppp.in.ua/vip/2017/4/8.pdf> (дата звернення: 12.08.2023).

2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування

інтересам дітей, які є власниками аліментів (постанови від 02.02.2022¹ і 14.12.2022²). Тобто Верховний Суд чітко вказав, що суб'єктивне право на аліменти належить не батькам дитини, які є лише її законними представниками, а самій дитині. Відтак, у силу положень частини шостої статті 49 ЦПК України суд не приймає відмову від позову у справі, в якій особу представляє її законний представник, якщо його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє.

Примітно, що позов про стягнення аліментів був заявлений батьками від свого імені, а дитина у процесуальних документах не фігурувала як учасник процесу (хоча і є носієм права на аліменти). Тобто складається ситуація, що, з однієї сторони, національні суди кваліфікують дитину як носія суб'єктивного права на аліменти, тоді як з іншої – продовжують дотримуватися підходу, що стягувачем аліментів (позивачем, заявником) є той із батьків, з ким проживає дитина.

Варто наголосити, що зміна вказаного підходу і наділення дитини процесуальним статусом (позивача чи заявника) матиме і низку інших наслідків. Це має сприяти формуванню у платника аліментів більшої відповідальності та платіжної дисциплінованості, оскільки йтиметься безпосередньо про дитину як стягувача аліментів, а не про її законного представника, як правило, іншого з подружжя, з ким часто складаються неприязні стосунки. Крім того, позови платника аліментів про їх зменшення чи звільнення від сплати аліментів будуть пред'являтися безпосередньо до дитини (а не її законного представника). Очікується, що кількість таких спорів має зменшитися, адже безпосередньо з дитиною батьки не хочуть судитися, оскільки такі спори зумовлюються неприязними відносинами саме між батьками.

Якщо відповідь на питання про статус дитини, яка є власником аліментів, у судовому процесі є більш-менш однозначною, то питання про підстави та суть процесуального представництва її інтересів одним із батьків є досить суперечливим. Одна справа коли йдеться про процесуальне представництво неповнолітньої дитини. В цьому випадку один із батьків, з яким проживає дитина, виступає її законним представником у розумінні статті 59 ЦПК України (процесуальне представництво) і підстава для представництва охоплюється матері-

¹ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103466631> (дата звернення: 11.08.2023).

² Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108086728> (дата звернення: 11.08.2023).

альною нормою статті 242 ЦК України «Представництво за законом», відповідно до якої батьки (усиновлювачі) є законними представниками своїх малолітніх та неповнолітніх дітей.

Інша справа, коли йдеться про повнолітніх дітей, на користь яких стягуються аліменти. Так, передусім, постає питання, на якій підставі один із батьків має право представляти повнолітню дитину, яка має повну процесуальну дієздатність, у тому числі ту, яка проживає окремо (у студентському гуртожитку, на орендованій квартирі тощо), у справі щодо стягнення аліментів. З погляду матеріального права таке представництво слід розглядати як представництво в силу закону, адже положення статті 242 ЦК України не закріплюють вичерпного переліку випадків представництва за законом, а містять бланкетну норму про існування інших випадків законного представництва, які можуть бути передбачені законом. Таким законом у цьому випадку виступає СК України, який передбачає низку інших випадків представництва за законом, зокрема й представництва батьками своїх повнолітніх дітей (ч. 3 ст. 199 СК України).

Слід зауважити, що зміст правовідносин з цивільного представництва (представництва у матеріальному праві) та процесуального представництва є відмінним, тому виникає питання щодо правової підстави процесуального представництва батьками своїх повнолітніх дітей відповідно до норм ЦПК України. У цьому контексті слід зауважити, що на відміну від ЦК України, у ЦПК України чітко визначено випадки законного представництва. Так, відповідно до статті 59 ЦПК України («Законні представники») законного представника можуть мати лише малолітні, неповнолітні, недієздатні та обмежено дієздатні особи. Щодо інших осіб ЦПК України не вживає термін «законний представник». Тобто представництво одним із батьків у суді своєї неповнолітньої дитини не є законним представництвом.

Крім законного представництва цивільне процесуальне законодавство містить інститут процесуального представництва та інститут захисту прав, свобод та інтересів інших осіб. Процесуальне представництво прийнято визначати як правовідносини, в яких одна сторона (представник) на підставі закону, договору, статуту або адміністративного акту здійснює процесуальні дії в цивільному судочинстві на захист прав і охоронюваних законом інтересів іншої особи (довірителя)¹. Зміст процесуального представництва зводиться

¹ Див., напр.: Поліщук М. *Поняття та значення процесуального представництва в Україні*. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 8. С. 145–147. URL: <https://doi.org/10.26708/2541-7713.2020.8.145-147>.

2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування

до того, що представник є лише виразником волі довірителя, не може мати власного інтересу у вирішенні цивільної справи чи окремого процесуального питання. Інакше кажучи, у представника відсутній самостійний (окремий) інтерес у вирішенні справи, який би відрізнявся від інтересу довірителя.

Натомість інститут захисту прав, свобод та інтересів інших осіб передбачає юридичну заінтересованість органів та осіб, яким законом надано право захищати права і свободи інших осіб. Вони діють у процесі на захист чужих прав та інтересів, вони не є представниками, діють у процесі від свого імені і не зв'язані позицією тієї особи, яку вони захищають¹. За загальним правилом, передбаченим частиною першою статті 57 ЦПК України, органи та інші особи, які звернулися до суду в інтересах інших осіб, мають процесуальні права та обов'язки особи, в інтересах якої вони діють, за винятком права укладати мирову угоду. При цьому згідно з частиною п'ятою статті 56 ЦПК України особа, в чий інтересах подано позов, набуває статусу позивача.

Разом з тим інститут захисту прав, свобод та інтересів інших осіб не є однорідним, що обумовлено відмінностями між різними суб'єктами, яким законом надано право захищати права і свободи інших осіб. Найбільше такі відмінності проявляються між державними органами (прокурор, омбудсман) і фізичними та юридичними особами, яким надано право захищати права і свободи інших осіб. Останні, як вбачається, можуть захищати права та інтереси інших осіб незалежно від можливості таких осіб самостійно захищати свої інтереси. Відтак це дає змогу дійти висновку, що діяльність фізичних і юридичних осіб у цивільному процесі не відповідає меті участі у цивільному процесі інших суб'єктів, яким надано право захищати права та інтереси інших осіб, оскільки не йдеться про захист соціально вразливих категорій осіб. Крім того, не можна стверджувати, що фізичні та юридичні особи в цьому випадку захищають якісь публічні інтереси, на відміну від державних органів, зокрема прокурора, омбудсмана. Вони захищають приватноправові інтереси, тому в цьому контексті захист прав, свобод та інтересів інших осіб, що здійснюється фізич-

org/10.32782/2524-0374/2020-8/35 (дата звернення: 11.08.2023).

¹ Див., напр.: Рассомахіна О.А. Органи та особи, які захищають права та інтереси інших осіб, як учасники цивільного процесу. *Цивілістична процесуальна думка*. 2015. № 1. С. 41–48.

ними або юридичними особами, за змістом є ближчими до відносин процесуального представництва.

Наведене дозволяє дійти висновку, що представництво батьками своїх повнолітніх дітей у справах щодо аліментів слід розглядати як законне представництво в розумінні матеріального права і як захист прав, свобод та інтересів інших осіб як самостійний інститут процесуального права. На нашу думку, такий підхід законодавця не видається вдалим і обґрунтованим, оскільки ніякого власного інтересу батьки не повинні мати в цій справі. В будь-якому разі один з батьків не повинен стягувати аліменти на повнолітню дитину на своє ім'я. Таке стягнення має відбуватися на ім'я і на рахунок повнолітньої дитини. Однак навіть з сучасним станом правового регулювання саме суди мали б звернути увагу позивачів, що безпосереднім позивачем у справі про стягнення аліментів має виступати саме повнолітня дитина, а один з батьків може виступати лише як особа, що діє на захист прав, свобод та інтересів інших осіб.

Слід звернути увагу також на потребу в реформуванні інституту контролю за цільовим витрачанням аліментів. Чинним законодавством України передбачено, що контроль за цільовим витрачанням аліментів здійснюється органами опіки та піклування. У статті 186 СК України визначено, що такий контроль здійснюється у формі інспекційних відвідувань одержувача аліментів. Отже, законодавство закріплює орган опіки та піклування як єдиний уповноважений орган на перевірку цільового витрачання аліментів. Вказаний підхід знайшов своє відображення і у практиці національних судів. Зокрема, у постановях Верховного Суду від 17.05.2021 у справі № 552/3611/19¹ та від 20.06.2018 у справі № 553/2334/16-ц² суд вказував, що оскільки позивач жодного разу не звертався до органу опіки та піклування з питанням цільового витрачання аліментів, то вказане свідчить про усвідомлення ним того факту, що аліменти витрачалися за цільовим призначенням. У постанові Київського апеляційного суду від 27.10.2022 у справі № 753/25698/21³ суд зазначив, що факт нецільового витрачання аліментів встановлюється на підставі відповідного

¹ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97005378> (дата звернення: 11.08.2023).

² Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75042724> (дата звернення: 11.08.2023).

³ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107217244> (дата звернення: 11.08.2023).

2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування

висновку органу опіки і піклування. Таким чином, нецільове витрачання аліментів може бути підтвержене лише органом опіки і піклування та не передбачає встановленню у суді. При цьому заходи контролю такими органами залишаються досить поверховими. Органи опіки та піклування, позиція яких підтримується в судовій практиці, як правило, вважають, що сам по собі факт належного утримання дитини свідчить про цільове витрачання аліментів. Такий поверховий підхід до проведення перевірки зумовлює неможливість захисту прав як платника аліментів, так і дитини, на утримання якої такі аліменти сплачуються.

Ще одне питання, що набуває актуальності у зв'язку з визнанням аліментів власністю дитини, стосується відповідальності за нецільове використання аліментів їх одержувачем. Уважаємо, що така відповідальність має ґрунтуватися на підставі статей 1166, 1212 ЦК України та полягати у стягненні з одержувача аліментів відповідної компенсації на користь дитини. Це набуває значного практичного значення, враховуючи як зростаючу кількість випадків недобросовісної поведінки батьків, так і випадків, коли аліменти на дітей сплачуються у достатньо значних розмірах. Необхідним є запровадження у СК України відповідних норм про право дитини на компенсацію у разі нецільового використання аліментів. У статті 186 СК України закріплено лише право платника аліментів звернутися до суду з позовом про зменшення розміру аліментів або про внесення частини аліментів на особистий рахунок дитини у відділенні Державного ощадного банку України у разі їх нецільового витрачання. Отже, необхідно чітко закріпити право дитини на компенсацію, оскільки таке право ґрунтується на нормах цивільного законодавства із застосуванням інституту безпідставного збагачення, що не завжди є очевидним для учасників сімейних правовідносин.

Зрештою правові можливості дитини як власника аліментів мають бути розширені. Попередня редакція статті 179 СК України обмежувала можливість неповнолітньої дитини на самостійне одержання аліментів лише випадком смерті того з батьків, з ким проживала дитина, що впливає з безпосередньої структури статті (таке право дитини було закріплене в частині другій, яка регламентувала аліментні відносини у разі смерті того з її батьків, з ким вона проживала). В протилежному випадку неповнолітня дитина мала лише право брати участь у розпорядженні аліментами, які одержані для її утримання.

Зі змісту чинної редакції статті 179 СК України після зміни її структури випливає, що неповнолітня дитина наділена правом на самостійне одержання аліментів незалежно від будь-яких обставин, а також правом на участь у їх розпорядженні. Тобто дитина самостійно може обирати спосіб реалізації своїх прав на аліменти.

Варто зауважити, що чинне цивільне законодавство України дещо обмежує правові можливості дитини на розпорядження своєю власністю всупереч сучасному стану розвитку аліментних відносин. Згідно зі статтею 32 ЦК України неповнолітня особа має право самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами, укладати договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунок). Неповнолітня особа може розпоряджатися грошовими коштами, що внесені повністю або частково іншими особами у фінансову установу на її ім'я, за згодою органу опіки та піклування та батьків (усиновлювачів) або піклувальника. Таким чином, ЦК України не надає права неповнолітній дитині самостійно розпоряджатися грошовими коштами, які були одержані нею як аліменти. Особливого значення положення ЦК України набувають у разі сплати аліментів шляхом переказу на банківський рахунок дитини. Тому питання повноцінної реалізації можливостей неповнолітньої дитини щодо самостійного розпорядження аліментами на сьогодні лишається законодавчо незгодженим без внесення відповідних змін до ЦК України.

Результати аналізу застосування національними судами положень СК України щодо способу стягнення аліментів засвідчують наявність суперечностей. До травня 2017 року редакція частини третьої статті 181 СК України не передбачала будь-яких положень щодо суб'єкта, який обирає спосіб стягнення аліментів – тверду грошову суму чи частку від заробітку (доходу) платника аліментів. Відтак, у судовій практиці склався підхід, за яким вибір способу стягнення аліментів належав саме суду. Зокрема, у разі працевлаштованості платника аліментів такі аліменти присуджувалися у частці від його заробітку (доходу) незалежно від вимоги стягувача аліментів. І навпаки – у випадку відсутності роботи у платника аліментів такі аліменти стягувалися з нього у твердій грошовій сумі. Тобто бажання і волевиявлення стягувача аліментів не мали жодного правового значення, оскільки саме суд обирає спосіб стягнення аліментів. На практиці такий підхід судів дозволяв платникам аліментів мінімізувати суму сплачуваних аліментів (наприклад,

2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування

влаштовуючись на роботу на неповний робочий день та отримуючи менше мінімальної зарплати) або ж навіть не сплачувати їх взагалі.

У такому випадку виникало питання щодо дотримання судами принципу диспозитивності. Так, відповідно до статті 13 ЦПК України суд розглядає цивільні справи не інакше як за зверненням особи, поданим відповідно до цього Кодексу, в межах заявлених нею вимог і на підставі доказів, поданих учасниками справи. Очевидно, що у цьому випадку заявлена вимога розумілася судами у широкому значенні, тобто як вимога про стягнення аліментів, а не вимога у розумінні способу стягнення таких аліментів. Це давало судам підстави обирати спосіб стягнення аліментів незалежно від заявленого позивачем.

Натомість чинна редакція статті 181 СК України позбавляє суд такої можливості, надаючи винятково стягувачу аліментів право вибору способу їх стягнення. Зокрема, відповідно до частини третьої статті 181 СК України за рішенням суду кошти на утримання дитини (аліменти) присуджуються у частці від доходу її матері, батька або у твердій грошовій сумі за вибором того з батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина. Спосіб стягнення аліментів, визначений рішенням суду, змінюється за рішенням суду за позовом одержувача аліментів.

Тобто право стягувача аліментів на вибір способу їх стягнення є безумовним, суд позбавлений дискреційних повноважень на власний розсуд змінювати спосіб стягнення аліментів незалежно від провадження (наказне або позовне), в якому стягуються аліменти. Платник аліментів також не може вимагати зміни способу їх стягнення. Його правові можливості обмежуються правом вимагати зменшення розміру аліментів у межах обраного одержувачем способу їх стягнення. Однак суди не завжди дотримуються такого підходу. Розглядаючи справу № 509/5304/20, Верховний Суд у своїй постанові від 30.03.2023¹ уникнув відповіді на аналізоване питання і фактично підтримав зміну способу стягнення аліментів за позовом їх платника, залишивши без змін рішення судів нижчих інстанцій, які вдалися до зміни способу стягнення аліментів усупереч позиції стягувача аліментів.

Недоліки правового регулювання зумовлюють практичні труднощі при визначенні моменту, з якого присуджуються аліменти та з якого їх стягнення підлягає припиненню.

¹ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110111232> (дата звернення: 11.08.2023).

За загальним правилом, передбаченим у статті 191 СК України, аліменти присуджуються від дня заявлення вимоги (пред'явлення позову чи подання заяви про видачу судового наказу). Водночас такий підхід не завжди виправданий і доцільний.

Так, відповідно до частин другої і третьої статті 181 СК України за домовленістю між батьками дитини той із них, хто проживає окремо від дитини, може брати участь у її утриманні в грошовій і (або) натуральній формі. За рішенням суду кошти на утримання дитини (аліменти) присуджуються у частці від доходу її матері, батька або у твердій грошовій сумі за вибором того з батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина. Згідно з частиною п'ятою статті 183 СК України той із батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина, має право звернутися до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів у розмірі на одну дитину – однієї чверті, на двох дітей – однієї третини, на трьох і більше дітей – половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на дитину відповідного віку на кожну дитину. Відповідно до частини третьої статті 184 СК України той із батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина, має право звернутися до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів у розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку.

Отже результати комплексного аналізу зазначених вище норм дають підстави для висновку, що обов'язковою умовою присудження аліментів особі (законному представнику дитини) є проживання з нею дитини. Це очевидний і закономірний висновок, оскільки аліменти присуджуються на утримання саме такої дитини і є її власністю.

Відтак у проміжки часу, коли дитина не проживає разом із заявником, у такої особи відсутні підстави для отримання аліментів. Яскравим прикладом суперечності на практиці є випадок, коли дитина проживає з одним з батьків, а суд змінює місце проживання дитини і визначає його разом з іншим з батьків та одночасно стягує аліменти з дня звернення до суду. Очевидно стягнення аліментів з дня звернення до суду в цьому випадку є безпідставним, оскільки не дотримано основної умови щодо проживання дитини з тим з батьків, хто заявляє відповідну вимогу. Однак у судовій практиці таке положення не знаходить свого відображення і суди тлумачать статтю 191 СК України

2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування

буквально, присуджуючи аліменти з дня заявлення вимоги і незважаючи на проживання дитини разом із заявником. Навіть Верховний Суд уникає вирішення цієї проблеми, вдаючись до обтічних формулювань або ж просто ігноруючи доводи однієї зі сторін справи¹.

Отже, комплексне тлумачення статей 181 і 191 СК України дає підстави для висновку, що аліменти на дитину повинні присуджуватися з моменту звернення до суду лише у разі, якщо дитина проживає разом із заявником. Якщо ж дитина не проживає із заявником, тоді аліменти належить стягувати з моменту настання цієї обставини (проживання із заявником) або з моменту набрання рішенням суду законної сили (наприклад, коли місце проживання дитини змінюється судом).

Інший аспект строку сплати аліментів стосується питання припинення їх стягнення. Так, у СК України регламентовано низку випадків припинення права на аліменти, якщо дохід дитини набагато перевищує дохід батьків (ст. 188) чи у зв'язку з набуттям права власності на нерухомість (ст. 190), а також випадки звільнення від сплати заборгованості за аліментами (ст. 197). Разом з тим, законодавство не регламентує чітко випадки припинення стягнення аліментів у зв'язку зі зміною місця проживання дитини, хоча ці випадки є чи не найпоширенішою підставою. Певне вирішення цього питання міститься в частині четвертій статті 273 ЦПК України, згідно з якою якщо після набрання рішенням суду законної сили, яким з відповідача присуджені періодичні платежі, зміняться обставини, що впливають на визначені розміри платежів, їх тривалість чи припинення, кожна сторона має право шляхом пред'явлення нового позову вимагати зміни розміру, строків платежів або звільнення від них.

Практика національних судів з цього питання розділилась. В одних випадках суди дотримуються позиції, що аліменти припиняють сплачуватися з дня набрання законної сили відповідним рішенням суду (наприклад, рішення Люботинського міського суду Харківської області від 07.03.2023 у справі № 630/95/23², рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 06.09.2021 у справі № 761/11305/21³). Натомість в інших справах суди припиняють стягнення аліментів

¹ Див., напр.: Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83387602> (дата звернення: 11.08.2023).

² Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111507890> (дата звернення: 11.08.2023).

³ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100385380> (дата звернення: 11.08.2023).

з моменту звернення до суду з відповідною вимогою за умови, що дитина почала проживати разом із позивачем (наприклад, справа № 520/21069/18, постанова Верховного Суду від 03.02.2021¹). Практика національних судів, яка б відображала позицію про припинення стягнення аліментів з дня, коли дитина почала проживати разом із заявником, відсутня.

Отже, в практиці національних судів не склалося єдиного підходу щодо вирішення питання про момент, з якого припиняється стягнення аліментів у разі зміни місця проживання дитини. Також відсутнє належне правове регулювання цього питання і в національному законодавстві. Видається, що найбільш вдалим розв'язанням цієї проблеми було б чітке закріплення, що право на стягнення аліментів припиняється саме з моменту, коли дитина припиняє спільне проживання із відповідним законним представником.

До речі, попередня редакція статті 181 СК України не враховувала всього спектру можливих законних представників дитини, регламентуючи лише ситуацію, де одержувачем аліментів був один з батьків або ж опікун. Інколи це породжувало практичні проблеми у разі стягнення аліментів на користь закладу, в якому перебувала дитина. За рахунок внесення змін до статті в 2017 році цю прогалину було усунуто шляхом використання терміну «законний представник». Цей термін охоплює такі категорії осіб: батьки або усиновлювачі дитини (ч. 1 ст. 242 ЦК України), опікуни (ч. 2 ст. 242 ЦК України), прийомні батьки (ст. 256–2 СК України), батьки-вихователі (ст. 256–6 СК України, ст. 31 Закону України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування»), а також різноманітні дитячі заклади, заклади охорони здоров'я, навчальні або інші заклади (наприклад, дитячі будинки або школи-інтернати) (ст. 66 ЦК України).

Також на увагу заслуговує питання типу провадження, в якому належить вирішувати питання про припинення стягнення аліментів. На сьогодні це відбувається за правилами позовного провадження, яке, як відомо, є одним із найбільш тривалих за строками розгляду справи. На нашу думку, більш придатним для цього може бути провадження за правилами розділу VI ЦПК – Процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень у цивільних справах та рішень

¹ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94803352> (дата звернення: 11.08.2023).

2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування інших органів (посадових осіб). Найбільш придатним для цього видається порядок визнання виконавчого документа таким, що не підлягає виконанню. Так, згідно з частиною другою статті 432 ЦПК України суд визнає виконавчий документ таким, що не підлягає виконанню повністю або частково, якщо його було видано помилково або якщо обов'язок боржника відсутній повністю чи частково у зв'язку з його припиненням, добровільним виконанням боржником чи іншою особою або з інших причин. Відтак, оскільки обов'язок сплати аліментів у особи припинився в силу того, що дитина почала проживати разом з ним, то відповідний виконавчий документ не підлягає подальшому виконанню. У зв'язку з цим доцільним є внесення відповідних змін до цитованої статті і закріплення чіткої підстави саме щодо аліментів, а можливо й інших періодичних платежів.

Протягом 2016–2018 років було прийнято низку законодавчих актів, спрямованих на удосконалення судової процедури стягнення аліментів і посилення відповідальності платника аліментів у разі прострочення їх сплати. При цьому законодавчі ініціативи в цілому не стосувалися договірного регулювання сплати аліментів.

Як наслідок цього виник певний дисбаланс між судовою та позасудовою процедурою сплати аліментів, оскільки стягнення аліментів за судовим рішенням передбачає більше правових можливостей для стягувача аліментів, порівняно з їх отриманням на підставі договору з платником. Крім того, спекулювання політиків на тему масових порушень права дитина на утримання зумовлює зростання напруженості у відносинах між батьками дитини та використання одним з батьків питання сплати аліментів як помсти другому з батьків. Жертвою ж такого протистояння батьків завжди стає дитина. Саме тому європейські держави вживають заходів для стимулювання батьків домовлятися щодо усіх питань, пов'язаних з виконанням батьківських обов'язків, у тому числі щодо утримання дитини.

Крім судового способу стягнення аліментів законодавство України передбачає також можливість врегулювання цього питання у позасудовому порядку на підставі домовленості між батьками. Відповідно до частин другої і третьої статті 181 СК України способи виконання батьками обов'язку утримувати дитину визначаються за домовленістю між ними. За домовленістю між батьками дитини той із них, хто проживає окремо від дитини, може брати участь у її утриманні в грошовій і (або) натуральній формі.

Питанням договору про сплату аліментів на дитину присвячена стаття 189 СК України, відповідно до якої батьки мають право укласти договір про сплату аліментів на дитину, в якому визначити розмір та строки виплати. Умови договору не можуть порушувати права дитини, які встановлені СК України. Договір укладається у письмовій формі і нотаріально посвідчується. У разі невиконання одним із батьків свого обов'язку за договором аліменти з нього можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Укладення батьками договору про сплату аліментів на дитину фактично змінює правову природу такого платежу, виводячи на перший план договірну складову. При цьому ні СК України, ні Закон України «Про нотаріат», ні Закон України «Про виконавче провадження» не передбачають особливостей стягнення заборгованості за аліментами, яка утворилася у зв'язку з неналежним виконанням договору про сплату аліментів.

Насамперед це стосується вчинення виконавчого напису. Зі змісту статей 87–91 Закону України «Про нотаріат», глави 16 Порядку вчинення нотаріальних дій, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5, вбачається можливість вчинення виконавчого напису на документі, що встановлює заборгованість, яка є безспірною. Відтак з'ясування сутності та обсягу такої заборгованості стає вирішальним для вчинення виконавчого напису. Договір про сплату аліментів на дитину не передбачає визначення загальної суми заборгованості за аліментами, а тому не допускається можливість дострокового стягнення аліментів. У національному законодавстві відсутній будь-який механізм стягнення аліментів за договором на майбутнє, тобто платежів, строк сплати яких ще не настав.

Отже, виконавчий напис на договорі про сплату аліментів на дитину може стосуватися лише стягнення простроченої заборгованості, тобто тих платежів, щодо яких сплинув строк їх оплати. Трансформувати такий договір чи вчинений на ньому виконавчий напис у «постійний» виконавчий документ неможливо. Ураховуючи наявність плати за вчинення виконавчого напису, доцільність його вчинення кожного місяця при несплаті чи неповній сплаті аліментів наближається до нуля. Відтак одержувач аліментів звертатиметься за вчиненням виконавчого напису щонайменше після прострочення кількох платежів. Крім того, необхідність повідомлення нотаріусом платника аліментів про наявність заборгованості створює поле для зловживання з боку

2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування

платника, який намагатиметься ухилитися від вручення йому відповідного повідомлення кожного наступного разу.

При цьому увесь проміжок часу, що спливатиме між порушенням договору про сплату аліментів на дитину та вчиненням виконавчого напису, до платника аліментів не буде застосовано жодних негативних наслідків чи обмежень, як це б мало місце при невиконанні судового рішення про стягнення аліментів. Навіть після звернення виконавчого напису на аліментному договорі до примусового виконання зазначені вище негативні наслідки та обмеження прав платника аліментів не підлягатимуть застосуванню у повному обсязі.

Державний чи приватний виконавець, як правило, не розглядає стягнення за виконавчим написом як стягнення аліментів, оскільки формально йдеться про стягнення за договором. Згідно із класифікатором категорій стягнення, запровадженим в Єдиному реєстрі боржників, стягнення аліментів за договором на підставі виконавчого напису буде кваліфіковане як «стягнення коштів». Відповідно це позбавляє стягувача низки пільг, а для платника – усуває можливість застосування низки обмежень його прав. Зокрема, комплексний аналіз частини четвертої статті 11 у сукупності з частинами дев'ятою і чотирнадцятою статті 71 Закону України «Про виконавче провадження» свідчить про неможливість застосування тимчасового обмеження права платника аліментів на виїзд за межі України, права керування транспортними засобами, права користування зброєю та права полювати, а також накладення штрафу від 20% до 50% суми заборгованості зі сплати аліментів, оскільки умовами їх застосування є обчислення строку з моменту відкриття виконавчого провадження та збільшення заборгованості. Однак у випадку стягнення аліментів на підставі виконавчого напису на аліментному договорі ці умови не можуть бути дотримані. З цієї ж причини платника аліментів, який прострочив їх сплату за договором, не може бути притягнуто до адміністративної відповідальності на підставі статті 183–1 КУпАП за несплату аліментів. Натомість притягнення платника аліментів до кримінальної відповідальності відповідно до статті 164 КК України прямо пов'язується з невиконанням судового рішення, а тому не може застосовуватися за порушення договірних зобов'язання зі сплати аліментів. Зрештою, одержувач аліментів позбавляється можливості вивозити дитину за межі України без згоди платника аліментів, оскільки така можливість теж пов'язується

із збільшенням заборгованості та її обчисленням державним чи приватним виконавцем.

Ще один недолік договірною врегулювання сплати аліментів стосується плати за укладення аліментного договору. Згідно з Декретом Кабінету Міністрів України «Про державне мито» плата за нотаріальне посвідчення такого договору становить 1% від суми договору, яка обчислюється, виходячи із суми всіх аліментних платежів до досягнення дитиною повноліття. Натомість відповідно до статті 176 ЦПК України ціна позову у справах про стягнення аліментів, від якої сплачується судовий збір у розмірі 1%, обчислюється сукупністю всіх виплат, але не більше ніж за шість місяців. Отже з погляду матеріальних витрат судовий процес дешевший. На нашу думку, в національному законодавстві доцільно було б обмежити максимальний розмір плати нотаріусу за посвідчення договору про сплату аліментів сумою не більше 1% від суми шести місячних платежів (за аналогією зі сплатою судового збору у цивільному процесі).

Одним з найбільших ускладнень для одержувача аліментів, пов'язаних з укладенням договору про сплату аліментів, є обмежені можливості для судового захисту. Поки аліментний договір не розірваний або не визнаний недійсним, то неможливим є стягнення аліментів у судовому порядку, про який йшлося вище, оскільки матиме місце подвійне стягнення аліментів – за договором і за судовим рішенням. За загальним правилом на підставі договору суд може стягнути лише прострочені аліменти і не може вирішити ситуацію на майбутнє. Тобто судові рішення не замінить договір про сплату аліментів, а буде прийняте на його виконання. Фактично за своєю суттю таке судові рішення не відрізняється від виконавчого напису нотаріуса на аліментному договорі.

Отже одержувач аліментів опиняється у досить складній ситуації. Він вимушений звертатися до суду щоразу, коли платник аліментів порушує своє зобов'язання або ж просити суд розірвати такий договір, щоб у подальшому стягнути аліменти в загальному порядку. Виходячи з положення статті 8 СК України, яка передбачає субсидіарне застосування до сімейних правовідносин ЦК України, можливим є застосування статті 611 ЦК України в частині, що не суперечить СК України. Відповідно до вказаної статті ЦК України правовими наслідками порушення договірного зобов'язання може бути: 1) одностороння відмова від зобов'язання і його припинення, якщо це перед-

2.4 Захист прав дитини на належне утримання: виклики правозастосування

бачено договором, або ж його розірвання; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди.

З огляду на зазначене в договорі про сплату аліментів на дитину можна закріплювати положення про право одержувача аліментів відмовитися в односторонньому порядку від договору у разі прострочення платником аліментів кількох платежів. Це принаймні спростить доступ одержувача аліментів до загальної процедури стягнення аліментів у судовому порядку. Проте це не завжди може бути доцільним, оскільки присуджувані судом аліменти, як правило, є нижчими, ніж у випадку, коли платник погоджується їх сплачувати добровільно на підставі договору.

У ході аліментних реформ останніх трьох років основна увага законодавця була зосереджена на удосконаленні стягнення аліментів у судовому порядку та виконанні такого судового рішення. Натомість договірне регулювання аліментних правовідносин залишилося поза увагою законодавця. Наслідком цього стала наявність істотного дисбалансу між договірним і судовим способами виконання обов'язку батьків утримувати свою дитину, схилиючи батьків до судового вирішення аліментного питання. Враховуючи спрощений доступ до суду у справі про стягнення аліментів, його меншу вартість порівняно з аліментним договором та вищу ефективність виконання судового рішення, держава фактично стимулює батьків до протистояння в суді замість досягнення домовленості у позасудовому порядку.

Вирішення вказаних проблем вже пропонувалося автором цього підрозділу. Зокрема, найбільш прийнятним способом відновлення балансу між судовим і позасудовим стягненням аліментів є запровадження у національне законодавство особливого виконавчого напису нотаріуса для стягнення аліментів, який пропонується назвати «аліментний виконавчий напис». Його зміст повинен полягати в тому, що у разі виникнення у платника аліментів заборгованості з їх сплати у певній сумі нотаріус може вчинити виконавчий напис на аліментному договорі на майбутнє. Тобто такий виконавчий напис повинен підлягати виконанню подібно до судового рішення. Видається, що сума прострочення для вчинення аліментного виконавчого напису має становити щонайменше три місячні аліментні платежі. Такий розмір ґрунтується на положеннях частини другої статті 71 Закону України «Про виконавче провадження», яка пов'язує можливість звернення стягнення на майно платника аліментів саме з таким розміром за-

боргованості, а у статті 164 КК України такий розмір прострочених аліментів кваліфікується як злісне ухилення від їх сплати. Зрештою національне законодавство необхідно буде узгодити з новим видом виконавчого документа, усунувши відмінності у правовому регулюванні примусового стягнення аліментів на підставі договору та судового рішення¹.

Підсумовуючи, необхідно наголосити, що сучасний стан законодавства у сфері сплати аліментів є незадовільним і не відповідає вимогам розвитку суспільних відносин. Спостерігається дисбаланс на користь саме судового способу стягнення аліментів. У свою чергу, це призводить до зростання рівня конфліктності між батьками дитини, жертвою яких і стає така дитина як найменш захищений учасник сімейних відносин. Відтак реформа аліментного законодавства має бути спрямована на удосконалення договірної регулювання, надання йому пріоритету порівняно з судовим способом стягнення аліментів, а також вжиття інших заходів щодо зниження конфліктності у відносинах батьків дитини.

Повномасштабна російська агресія та зумовлені нею наслідки загострюють аналізовані в роботі проблеми, ставлячи на порядок денний необхідність пошуку нових підходів до балансу інтересів учасників аліментних правовідносин. Масовий виїзд жінок і дітей за межі України зумовлює необхідність розширення участі дитини та платника аліментів у розпорядженні аліментами та контролю за їх використанням.

¹ Простибоженко О. Аліментний виконавчий напис нотаріуса: ідеї щодо удосконалення національного законодавства. *Часопис цивілістики*. 2020. Вип. 37 (2020). С. 42–47. URL: <https://doi.org/10.32837/chc.v0i37.348> (дата звернення: 11.08.2023).

РОЗДІЛ 3.

ВЗАЄМОДІЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ДЕРЖАВИ В ПЕРІОД ПІСЛЯВОЄННОГО ВІДНОВЛЕННЯ

3.1 Післявоєнна відбудова України: забезпечення балансу публічних та приватних інтересів при здійсненні спільної діяльності

Значення договорів про спільну діяльність на сучасному етапі розвитку приватноправових відносин важко переоцінити, адже саме вони є дієвим інструментом договірного регулювання інноваційно-інвестиційних відносин, що становлять основу актуального економічного розвитку більшості держав. Крім того, в умовах воєнного сьогодення, коли тисячі інфраструктурних об'єктів на території України пошкоджено чи знищено внаслідок повномасштабної збройної агресії російської федерації, конструкція договорів про спільну діяльність набуває пріоритетного значення у контексті організації та упорядкування діяльності з післявоєнної відбудови нашої держави за участю як вітчизняних, так і іноземних партнерів. Це свідчить про об'єктивну потребу в проведенні комплексного дослідження питань, пов'язаних із правовим регулюванням договірних відносин зі спільної діяльності, та переосмислення низки теоретичних положень у досліджуваній сфері, виходячи із актуальних особливостей та умов розвитку приватного права. Одним із напрямів такого переосмислення є проведення класифікації та систематизації договорів про спільну діяльність.

Розмірковуючи про загальнотеоретичну цінність класифікації цивільно-правових договорів, С.Я. Вавженчук зазначає, що з її допомогою можливо впорядкувати суспільні відносини широкого спектру, визначити місце окремого договору в системі договорів. При цьому означені суспільні відносини, що окреслені договором, не втрачають

свого фактичного змісту, а лише впорядковуються через призму класифікації. Більше того, необхідність перегляду підходів до класифікації договорів неможливо заперечувати, адже за допомогою вдалої класифікації договорів можна не лише впорядкувати суспільні відносини на диспозитивних началах, але й усунути як явні, так і латентні прогалини правового регулювання означених відносин. Тобто використання класифікації договорів, крім іншого, дозволяє заповнити правовий вакуум, що утворився через прогалини у законодавстві або внаслідок виникнення ультрасучасних суспільних відносин, які не встиг урегулювати неповороткий законодавець¹.

Цю тезу дослідник присвячує питанню систематизації цивільно-правових договорів у цілому, однак, уважаємо, що вона також може бути застосована й до питання внутрішньої класифікації кожного окремого виду договірних зобов'язань, які, за твердженням В. В. Луця, доцільно поділити на такі групи договорів: 1) про передачу майна у власність, повне господарське відання або оперативне управління (купівля-продаж, поставка, контрактація, позика, міна, дарування, постачання енергетичних ресурсів тощо); 2) про передачу майна у тимчасове користування (майновий найм, оренда, побутовий підряд, безоплатне користування майном, лізинг тощо); 3) про виконання робіт (побутовий підряд, підряд на капітальне будівництво, на виконання проектних та розвідувальних робіт, на виконання аудиторських робіт тощо); 4) про передачу результатів творчої діяльності (авторські, ліцензійні договори, договори про передачу науково-технічної продукції тощо); 5) про передачу послуг (перевезення, страхування, доручення, комісії, схов, про посередницькі послуги, довічне утримання, кредитний договір тощо); 6) про спільну діяльність (установчий договір, угоди про науково-технічне співробітництво тощо)². На нашу думку, проведення диференціації зобов'язань, які становлять кожен окремий вид у системі цивільно-правових договорів, зокрема групу договорів про спільну діяльність, дозволяє найбільш повно розкрити специфіку цих зобов'язань, визначити їх спектр та правову природу, встановити функціональні зв'язки між ними, проаналізувати юридичні властивості змісту окремих різновидів зобов'язань із позиції реалі-

¹ Вавженчук С. Я. Сутність та способи класифікації договорів. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 147. С. 59.

² Луць В. В. *Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посібник*. Київ: Юрінком Інтер, 1999. С. 39–40.

зації принципу свободи договору, а головне – визначити особливості механізмів договірної регулювання відносин, що опосередковуються окремими різновидами договорів, які формують самостійний договірний вид.

У цілому зазначимо, що питання класифікації та диференціації цивільно-правових договорів завжди викликали жвавий інтерес серед дослідників, з огляду на що в науці зустрічаємо чимало поглядів на доцільність чи недоцільність використання критеріїв поділу. У цьому контексті варто погодитися з тезою про те, що проблема існуючих підходів до класифікації цивільно-правових договорів пов'язана із нечіткістю наукових позицій і пересіканням різних за природою правових явищ, зокрема таких, як «види договорів» та «характеристика договорів». Це пов'язано з їх складною структурою, значною кількістю різновидів та стереотипів. Якщо виходити з того, що саме цивільне право є системним, то системними є і його частини, зокрема й договори. Йдеться лише про ті критерії, які слід виділяти для систематизації договорів та визначення їх властивостей підходів (алгоритмів) до побудови змісту¹.

Справді, якщо розглянути один із найпоширеніших у цивілістиці способів класифікації цивільно-правових договорів за принципом дихотомії, який полягає в розподілі договорів на дві групи, виходячи із наявності чи відсутності певної характеристики договору як критерію поділу (зокрема, договір консенсуальний чи реальний, договір відплатний чи безвідплатний, договір основний чи попередній тощо), вбачається, що класифікація у цьому випадку є вторинним, неосновним результатом застосування принципу дихотомії; натомість первинним та найбільш значущим є надання договору юридичних характеристик. Це можна продемонструвати на прикладі договору простого товариства, за яким сторони (учасники) беруть зобов'язання об'єднати свої вклади та спільно діяти з метою одержання прибутку або досягнення іншої мети. Із аналізу зазначеного законодавчого положення досить складно однозначно стверджувати про характеристику договору простого товариства як консенсуального чи реального договору: фактично він може вважатися укладеним як з моменту досягнення учасниками згоди з усіх істотних умов договору, і в цьому випадку договір буде наділений ознакою консенсуальності; водночас, виходячи із принципу свободи договору, сторони можуть обу-

¹ Шишка Р.Б. Характеристика договорів. *Юридичний вісник*. 2013. № 4 (29). С. 121.

мовити виникнення договірної правовідносини після виділення та об'єднання вкладів, що, у свою чергу, вказує на реальний характер договору простого товариства. На це вказує й О.Є. Блажівська, на переконання якої, якщо спільна діяльність здійснюється на основі об'єднання вкладів учасників (договір простого товариства), то договір може характеризуватися як консенсуальний, так і реальний. Реальна модель договору простого товариства не суперечить загальним засадам цивільного законодавства¹. Виходячи з цього, слід погодитися з Р.Б. Шишкою, який наголошує, що говорити про такі характеристики договорів, як відплатність та безвідплатність, консенсуальність та реальність, односторонність та відплатність тощо, у контексті утворення класифікаційних видів неприпустимо, і зазначає, що вид договору та його характеристика – різні правові категорії. Саме до характеристики договору відносяться такі його ознаки, які можуть бути притаманні різним видам договорів і здебільшого побудовані на дихотомічному підході². Піддає критиці дихотомічний підхід до класифікації договорів і В.Г. Олюха, який стверджує, що групування за принципом дихотомії проводиться з використанням однієї істотної для характеристики договорів ознаки, що дозволяє дослідити її прояв у різних за правовою природою типах двосторонніх правочинів. Як наслідок, всередині утвореної групи елементи, які ввійшли до неї, не мають структурних зв'язків між собою, як не мають їх між собою й різні дихотомічні пари³.

Цілком погоджуючись із зазначеним, вважаємо, що поділ договорів про спільну діяльність за принципом дихотомії, маючи в своїй основі розкриття сутнісних характеристик договору як особливої правової категорії, не здатен відобразити систему досліджуваної групи договорів у їх диференціації, якій властиві такі важливі ознаки, як збереження функціональних зв'язків між окремими структурними елементами цієї системи та виокремлення якісних властивостей останніх, з огляду на що, на нашу думку, він може бути сприйнятий як пріоритетний при визначенні правової природи договорів про спільну діяльність, проте не в контексті їх систематизації.

¹ Блажівська О.Є. Договір про спільну діяльність: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Л., 2007. С. 30.

² Шишка Р.Б. Характеристика договорів. *Юридичний вісник*. 2013. № 4 (29). С. 122.

³ Олюха В.Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2003. С. 89.

О.Є. Блажівська пропонує наступні підходи до класифікації договорів про спільну діяльність. По-перше, за критерієм наявності в учасників обов'язку внесення вкладів, коментовані договори поділяються на: 1) договір, що обумовлює здійснення спільної діяльності з об'єднанням вкладів учасників (просте товариство); 2) договір, що обумовлює здійснення спільної діяльності без об'єднання вкладів (договір про спільну діяльність у вузькому розумінні). По-друге, залежно від характеру мети, для досягнення якої укладається договір про спільну діяльність, можна вирізнити: 1) договір про спільну діяльність, що укладається з метою отримання прибутку; 2) договір про спільну діяльність з метою досягнення соціального ефекту. По-третє, за кількістю учасників договору про спільну діяльність розрізняють двосторонні та багатосторонні договори¹.

Дослідниця підходить до проведення класифікації договорів, які опосередковують здійснення спільної діяльності, більш комплексно, використовуючи і принцип дихотомії, і самостійно вироблені критерії поділу. Так, у першому випадку відображено закріплений у Главі 77 ЦК України поділ договорів про спільну діяльність за критерієм внесення чи невнесення учасниками вкладів при здійсненні спільної діяльності. В цілому такий підхід є доречним, оскільки, по-перше, він знаходить своє формальне відображення в нормах чинного законодавства, а, по-друге, розкриває особливості механізмів договірної регулювання відносин спільної діяльності, виходячи з реалізації обов'язку учасників щодо внесення вкладів як якісної відмінності договору простого товариства від власне договору про спільну діяльність. Наступні способи класифікації досліджуваних договірних зобов'язань будуються на основі таких критеріїв, як мета спільної діяльності та кількість сторін договірної зобов'язання. Щодо першого відзначимо, що цей спосіб класифікації договорів про спільну діяльність відображає специфіку останньої лише з позицій комерційності чи некомерційності та, на наш погляд, не несе в собі значного змістового навантаження і практичної цінності, оскільки така юридична властивість, як прибутковість, сама по собі не зумовлює особливості механізму договірної регулювання, а лише надає зобов'язанню зі спільної діяльності певних характеристик.

¹ Блажівська О.Є. Договір про спільну діяльність: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 10.

У свою чергу, диференціація договорів зі спільної діяльності за критерієм кількості сторін також є формальною, адже, як зазначає сама О.Є. Блажівська, договір про спільну діяльність є багатостороннім, якщо його укладають три чи більше учасників. При цьому у них виникає однаковий обов'язок діяти спільно для досягнення певної мети і кожна сторона має право вимагати від інших відповідних дій, спрямованих на досягнення мети. Якщо учасниками договору є дві особи, то він вважається двостороннім, але волевиявлення учасників спрямоване на досягнення спільної мети¹. Йдеться насамперед про те, що кількість сторін у договорі про спільну діяльність жодним чином не впливає на характер договірного зв'язку між суб'єктами та не змінює специфіки розподілу між ними прав і обов'язків, як це має місце, наприклад, при загальній класифікації цивільно-правових договорів за критерієм кількості сторін, коли простежуються істотні відмінності між конструкцією двостороннього договору, що характеризується наділенням його сторін кореспондуючими правами й обов'язками, та конструкцією багатостороннього договору, якому властивий кореальний характер побудови зобов'язального праввідношення, що супроводжується відсутністю чіткого розмежування боржника і кредитора у зобов'язанні. Як стверджують дослідники, відсутність чіткого визначення статусу кредитора і боржника у відносинах між сторонами договору дає змогу вивести на перший план спільну мету і визначити, що їх взаємні права та обов'язки слугують тільки засобом її досягнення. Учасники таких договорів переслідують одну і ту саму мету без протилежної направленості, і для досягнення такої мети вони об'єднують свої зусилля, координують свою діяльність, тим самим досягаючи певного результату². Таким чином доходимо висновку, що поділ договорів про спільну діяльність на двосторонні і багатосторонні за критерієм кількості сторін є формальним, оскільки утворені за результатами такого поділу класифікаційні групи не наділені особливими юридичними властивостями як підставами для проведення відмежування. Кількість сторін договору про спільну діяльність не впливає на спільність мети, для досягнення якої суб'єкти вступають у зобов'язання, так само як і на специфіку побу-

¹ Блажівська О.Є. Договір про спільну діяльність: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Л., 2007. С. 44.

² Сигидин М.М. Корпоративний договір в системі цивільно-правових договорів. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2013. Вип. 33. С. 145.

дови прав і обов'язків, в основі якої лежить принцип корреальності (відсутності розмежування статусу боржника і кредитора).

На нашу думку, більш інформативним та практично значущим є підхід до класифікації договорів про спільну діяльність на основі такого критерію, як специфічність сфери застосування конструкції договору про спільну діяльність. В обґрунтування цього зазначимо, що чимало спеціальних нормативно-правових актів містять положення про використання договорів про спільну діяльність з метою забезпечення договірною регулювання відносин у відповідній сфері. Крім того, з урахуванням доцільності конструкція договору про спільну діяльність неодноразово знаходить своє застосування і в тих сферах суспільного життя, в яких можливість його укладення законодавчо не передбачена, але презюмується, виходячи із принципу свободи договору. Водночас слід відзначити, що системної доктринальної диференціації договорів про спільну діяльність за критерієм сфери їх застосування не здійснювалось. Це видається досить дивним, адже визначення особливостей застосування конструкції договору про спільну діяльність як ефективного інструменту упорядкування відносин, виходячи зі специфіки останніх, на наш погляд, сприяло б більш повному і поглибленому дослідженню правової природи договорів про спільну діяльність у цілому, а також встановленню особливих сутнісних проявів договірних зобов'язань зі спільної діяльності в окремих сферах суспільних відносин зокрема. Крім того, як слушно зазначається в юридичній літературі, на практиці часто зустрічаються договори, які мають назву договору про спільну діяльність чи договору про співробітництво тощо. Проте за своєю природою ці договори далекі від названих договорів, оскільки їх аналіз показує, що вони принципово відрізняються за кваліфікуючими ознаками: це і направленість прав та обов'язків (відсутність корреальності), і відсутність єдиної мети тощо¹. Вважаємо, що зазначене є додатковим аргументом на користь важливості здійснення правового аналізу окремих різновидів договорів про спільну діяльність, виходячи зі специфіки сфери їх застосування.

На нашу думку, правовий аналіз слід розпочати зі встановлення особливостей договору про спільну діяльність у сфері інвестування в будівництво, яка в умовах сьогодення є пріоритетною з позицій

¹ Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т.В. Боднар та ін.; за ред. О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 1035.

здійснення післявоєнної відбудови України. Саме правова конструкція договору про спільну діяльність у цьому контексті є найбільш оптимальним і максимально гнучким інструментом відновлення зруйнованих і пошкоджених об'єктів інфраструктури. Виходячи з того, що спільна діяльність у цій сфері не може здійснюватися без залучення майнових та немайнових ресурсів, зокрема грошових коштів, будівельних матеріалів, професійних знань та навичок тощо, цілком очевидно, що єдино доцільним юридичним способом оформлення такого партнерства є укладення договору простого товариства, легальна конструкція якого дозволяє здійснювати спільну діяльність без створення юридичної особи.

Насамперед зазначимо, що інвестування є однією з найбільш поширених форм провадження спільної діяльності у сфері будівництва, відносини щодо якої регулюються низкою законів та підзаконних нормативно-правових актів, серед яких чільне місце посідає Закон України «Про інвестиційну діяльність». Стаття 2 цього законодавчого акту інвестиційною діяльністю визначає сукупність практичних дій громадян, юридичних осіб і держави щодо реалізації інвестицій. Інвестиційна діяльність забезпечується шляхом реалізації інвестиційних проєктів і проведення операцій з корпоративними правами та іншими видами майнових та інтелектуальних цінностей. У свою чергу, інвестиційний проєкт – це комплекс заходів (організаційно-правових, управлінських, аналітичних, фінансових та інженерно-технічних), визначених на основі національної системи цінностей і завдань інноваційного розвитку національної економіки та спрямованих на розвиток окремих галузей, секторів економіки, виробництв, регіонів, виконання яких здійснюється суб'єктами інвестиційної діяльності з використанням цінностей відповідно до положень цього Закону. Ч. 1 ст. 9 Закону України «Про інвестиційну діяльність» визначає, що одним із основних правових документів, який регулює взаємовідносини між суб'єктами інвестиційної діяльності, є договір, який у науці цивільного права традиційно іменується інвестиційним.

На жаль, чинне законодавство не містить легального визначення цього договору, однак чимало його дефініцій пропонується представниками юридичної науки. Так, на думку В.В. Кафарського, інвестиційний договір є правочином між двома або кількома особами, який встановлює на певний строк права і обов'язки у відносинах між сторонами щодо вкладання всіх видів майнових та інтелектуальних

цінностей в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності для отримання прибутку або досягнення соціального ефекту¹. В юридичній літературі інвестиційний договір визначається також як договір, однією зі сторін якого є інвестор (юридична або фізична особа, або держава), а іншою – сторона, яка приймає інвестиції, – реципієнт (фізична або юридична особа), який регулює відносини з приводу довгострокового вкладення майна, майнових прав та інших цінностей, що мають ринкову вартість (у певному вигляді, формі та кількості), в обраний об'єкт інвестування (реальний, фінансовий або інтелектуальний, які передбачені законодавством України) з метою отримання прибутку, що мають ризиковий характер². Ризик в інвестиційних договорах обумовлюється такими факторами: значним розривом у часі між укладенням договору та досягненням його мети, тобто реалізацією; сам характер інвестування передбачає передачу цінностей та включення їх у підприємницький обіг, що також має певний ступінь ризику³.

Тобто специфікою інвестиційного договору в будівництві є те, що в рамках такої домовленості одна сторона (інвестор) зобов'язується передати інвестиції іншій стороні (реципієнту) та прийняти у власність новозбудований об'єкт будівництва. У свою чергу, реципієнт бере на себе обов'язок прийняти, забезпечити схоронність, використати або направити інвестиції на будівництво певного об'єкта нерухомості й передати інвестору документи для реєстрації останнім права власності на об'єкт будівництва чи окрему його частину⁴. Останнє обумовлюється положеннями ст. 4 та п. 5 ст. 7 Закону України «Про інвестиційну діяльність», за якими інвестор має право володіти, користуватися і розпоряджатися об'єктом і результатом інвестицій. Відзначимо, що такий підхід є усталеним і в площині судової практики. Так, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 14 вересня

¹ Кафарський В.В. Інвестиційні договори в Україні: поняття, види, зміст, правове регулювання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. С. 34.

² Симсон О. Критерії кваліфікації інвестиційних договорів. *Підприємництво, господарство і право*. 2001. № 1. С. 30.

³ Основи інвестиційного права України: навчальний посібник / за заг. ред. В.Д. Чернадчука. 2-ге вид., перероб. і доп. Суми: ВТД «Університетська книга»; Київ: Видавничий дім «Княгиня Ольга», 2005. 384 с. URL: <https://buklib.net/books/37135/> (дата звернення: 12.08.2023).

⁴ Комар Є.Г. Стан та шляхи удосконалення правового регулювання інвестиційних договорів у будівництві. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2014. № 10–2. Том 1. С. 197.

2021 року у справі № 359/5719/17 (провадження № 14–8цс21) зазначається, що нормами законодавства встановлено первинний спосіб набуття права власності на річ, на яку раніше не було і не могло бути встановлене право власності інших осіб. Саме інвестор як особа, за кошти якої і на підставі договору з яким був споруджений об'єкт інвестування, є особою, якою набувається первісне право власності на новостворений об'єкт інвестування. Інвестор після виконання умов інвестування набуває майнові права (тотожні праву власності) на цей об'єкт і після завершення будівництва об'єкта нерухомості набуває права власності на об'єкт інвестування як первісний власник шляхом проведення державної реєстрації речових прав на зазначений об'єкт за собою¹.

Таким чином, вважаємо, що інвестиційний договір є двосторонньою або багатосторонньою домовленістю, що опосередковує відносини між інвестором/інвесторами та реципієнтом щодо вкладення (інвестування) майнових ресурсів у певні об'єкти чи процеси з метою отримання прибутку або досягнення суспільно корисного результату. Якщо говорити про зобов'язальні відносини, які виникають на підставі інвестиційного договору у сфері будівництва, зазначимо, що вони, як правило, виникають між інвестором, який здійснює майновий внесок у реалізацію інвестиційного проекту зі спорудження нового об'єкта нерухомого майна, та реципієнтом, обов'язком якого є використання інвестицій з метою спорудження об'єкта нерухомого майна і оформлення за інвестором первинного права власності на нього. При цьому основними юридичними характеристиками такого договору є двосторонність, взаємність, відплатність, консенсуальність, алеаторність. На перший погляд, правова природа інвестиційного договору суттєво відрізняється від правової природи договору про спільну діяльність; при цьому остання обумовлюється спільною для всіх учасників метою такої діяльності, що не властиво інвестиційним договорам. Водночас слід звернути увагу на позицію Великої Палати Верховного Суду України, викладену в постанові від 29.01.2019 у справі № 916/4644/15, яка полягає в тому, що інвестиційний договір може містити елементи різних видів цивільно-правових договорів залежно від предмета й цілей інвестування (договору про спільну ді-

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 14.09.2021 у справі № 359/5719/17. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/101584598?utm_source=jurliga.ligazakon.ua&utm_medium=news&utm_content=j103 (дата звернення: 13.08.2023).

льність, капітального будівництва, кредитування, купівлі-продажу, довірчого управління майном)¹. При цьому дослідники за критерієм економічного змісту та юридичних ознак також відстоюють можливість віднесення конструкції договору про спільну діяльність до інвестиційних договорів².

Доходимо висновку, що, виходячи із принципу свободи договору, закріпленого в ст. 3 ЦК України, та диспозитивності положення ч. 1 ст. 9 Закону України «Про інвестиційну діяльність», яка прямо не встановлює вимог до виду договору, що опосередковує зобов'язання з інвестиційної діяльності, остання може здійснюватися на підставі договору про спільну діяльність, зокрема договору простого товариства. Про це зазначає у своєму дисертаційному дослідженні Т.Я. Рим, який допускає існування форми безпосередньої спільної діяльності, спрямованої на здійснення вкладів у певні об'єкти з конкретною інвестиційною метою. Йдеться про договори спільної діяльності. Серед них дослідник виокремлює договори, в межах яких об'єднуються вклади і спільна діяльність для досягнення певної мети – в нашому випадку будівництва об'єкта або його капітальний ремонт. Така форма інвестиційної діяльності застосовується переважно для спорудження об'єктів виробничого та соціального призначення. За договором простого товариства можуть об'єднуватися кошти та матеріальні цінності з метою їх вкладення в об'єкти будівництва. Учасниками договору можуть бути як юридичні особи, так і фізичні особи. В договорах про спільну діяльність повинен бути конкретизований об'єкт будівництва. На думку автора, договір про спільну діяльність є підставою об'єднання вкладів учасників, які за своєю правовою природою є інвестиціями, але з особливим правовим режимом. У результаті об'єднання майнових вкладів виникає режим спільної власності з певними особливостями, властивими інвестиційній діяльності³.

У цілому погоджуємося з дослідником у частині можливості здійснення спільної діяльності у сфері будівництва в рамках режиму інвестування, водночас вбачається, що договір про спільну діяльність, здійснювану шляхом інвестування, наділений особливими юридич-

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29.01.2019 у справі № 916/4644/15. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/79684989> (дата звернення: 13.08.2023).

² Вінник О.М. Інвестиційне право: навчальний посібник. 2-ге вид., перероб. та доп. Київ: Правова єдність, 2009. 616 с.

³ Рим Т.Я. Правове регулювання інвестиційних відносин у сфері будівництва: цивільно-правовий аспект: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Львів, 2021. С. 79–80.

ними властивостями, зумовленими і сферою його застосування, і специфічним режимом інвестиційної діяльності, відносини щодо якої регулюються нормами спеціального законодавства. Фактично механізм договірної регулювання відносин зі здійснення спільної діяльності шляхом інвестування можна охарактеризувати як результат симбіозу та взаємоадаптації правових норм у сфері цивільно-правового регулювання відносин зі спільної діяльності і регулювання відносин щодо здійснення інвестиційної діяльності. При цьому сама можливість формування такої специфічної договірної моделі зумовлена існуванням значної кількості диспозитивних положень, які надають учасникам договірних правовідносин свободу волевиявлення, у тому числі ч. 2 ст. 9 Закону України «Про інвестиційну діяльність», яка зазначає, що укладення договорів, вибір партнерів, визначення зобов'язань, будь-яких інших умов господарських взаємовідносин, що не суперечать законодавству України, є винятковою компетенцією суб'єктів інвестиційної діяльності.

Водночас при розробленні досліджуваної договірної моделі слід ураховувати й імперативні законодавчі вимоги, на підставі яких договір знаходить свою правову кваліфікацію. В цьому контексті доцільно навести тезу, викладену в постанові Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду за результатами розгляду справи № 910/7966/21, згідно з якою оспорюваний договір (інвестиційно-підрядний) не може бути визнаний договором про спільну діяльність, оскільки обов'язки щодо здійснення конкретних дій, обумовлених його предметом, фактично покладено на одну сторону – відповідача без ознак сумісної діяльності, спільності вкладень або ж поєднаної трудової участі. Крім того, майно (та майнові права), кошти тощо, внесені для реалізації цього договору, не є об'єднанням вкладів сторін, не є їх спільною частковою власністю, а залишаються у власності сторони, що їх внесла; частини об'єкта, що розподіляються між сторонами, не є спільною частковою власністю сторін, а належать кожній із сторін відповідно до положень договору¹.

Таким чином, для того, щоб інвестиційний договір у сфері будівництва міг бути кваліфікований як договір простого товариства, він повинен відповідати наступним юридичним ознакам: 1) спільність

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 27.07.2022 у справі № 910/7966/21. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=105562703&red=1000039345a39f6d8c5db327026471fd9e7e90&d=5>(дата звернення: 13.08.2023).

та єдність для усіх сторін договору мети, для досягнення якої вони вступають у договірне правовідношення, наприклад, спільна реалізація інвестиційного проєкту зі спорудження нового об'єкта нерухомості; 2) закріплення обов'язку сторін діяти спільно та скоординовано у процесі досягнення мети договору без створення юридичної особи із чіткою деталізацією обов'язків кожної зі сторін; 3) декларування безвідплатного характеру договору шляхом спрямування обов'язків сторін не один щодо одного, а для досягнення спільної мети договору; 4) чітка конкретизація технічних та інших характеристик об'єкта договірних правовідносин – об'єкта нерухомості, для спорудження якого сторони вступають у зобов'язання; 5) закріплення обов'язку сторін щодо об'єднання своїх вкладів (інвестицій), якими можуть бути всі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності, в результаті якої створюється новий об'єкт нерухомості, визначення їх правового режиму як спільної часткової власності або застосування іншого правового режиму вкладів за погодженням сторін; 6) виникнення договірної зв'язку на засадах фидуціарності, яка обумовлює координацію та узгодженість дій сторін договору в процесі досягнення спільної мети; 7) розроблення інвестиційного проєкту, у тому числі проєкту будівництва як невід'ємної частини договору; 8) закріплення в умовах договору принципу спільного розподілу ризиків, пов'язаних із виконанням договору; 8) обов'язковість дотримання письмової форми договору та його реєстрація в органах державної податкової служби у випадках, передбачених законом.

Наявність зазначених ознак дозволяє кваліфікувати цивільно-правовий договір як договір про спільну діяльність, що здійснюється шляхом інвестування в будівництво. Важливою правовою особливістю досліджуваної договірної конструкції, яка дозволяє відмежувати такий договір від інших цивільно-правових договорів у сфері інвестування, є кореальний характер відносин між сторонами, тобто відсутність чіткого розподілу сторін договору на інвесторів та реципієнтів. Це проявляється в тому, що кожен учасник спільної діяльності одночасно поєднує в собі функції і інвестора, здійснюючи вклади з метою досягнення спільної мети договору, причому ці вклади можуть мати різний характер (від грошових коштів та майнових прав до виконання будівельних робіт), і реципієнта, будучи зобов'язаним спрямувати ці вклади на реалізацію інвестиційного проєкту зі спільного споруджен-

ня об'єкта нерухомості. З огляду на вказане вважаємо, що використання конструкції договору про спільну діяльність, яка здійснюється шляхом інвестування, є ефективним регулятором відносин у сфері будівництва, особливо у контексті післявоєнної відбудови України, виходячи із низки переваг, серед яких: а) гнучкість механізму договірної регулювання досліджуваних відносин, зумовлена превалюванням диспозитивних законодавчих підходів у цій сфері; б) можливість здійснення учасниками договору інвестицій не лише у формі майнових цінностей, а й у формі професійних знань, виконання робіт чи надання послуг; в) спільний розподіл ризиків, що виникають у процесі здійснення спільної діяльності.

Актуальні на сьогодні підходи до правового регулювання відносин щодо інвестування у будівництво сприяють підвищенню рівня застосування конструкції договору про спільну діяльність у цій сфері. Йдеться, зокрема, про те, що донедавна діяла норма ч. 3 ст. 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність», за якою інвестування та фінансування будівництва об'єктів житлового фонду з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управління, могло здійснюватися винятково через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування, а також шляхом емісії цільових корпоративних облігацій. Проте 15.08.2022 прийнято Закон України «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому»¹, яким наведено ч. 3 ст. 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність» було виключено, що зумовило суттєве розширення договірної свободи учасників інвестиційних відносин у частині уможливлення здійснення фінансування об'єктів житлового будівництва на основі договору про спільну діяльність. Цілком очевидно, що оновлений законодавчий підхід сприятиме активізації залучення суб'єктами цивільних правовідносин широкого спектру ресурсів для здійснення ними спільного післявоєнного відновлення зруйнованих унаслідок бойових дій об'єктів житлової інфраструктури.

Ще однією сферою застосування конструкції договору про спільну діяльність є сфера державно-приватного партнерства, яке згідно з положеннями Закону України «Про державно-приватне партнер-

¹ Закон України «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому» від 15.08.2022 № 2518-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2518-20#n491> (дата звернення: 13.08.2023).

ство» є співробітництвом між державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами в особі відповідних органів, що згідно із Законом України «Про управління об'єктами державної власності» здійснюють управління об'єктами державної власності, органів місцевого самоврядування, Національною академією наук України, національними галузевими академіями наук (державних партнерів) та юридичними особами, крім державних та комунальних підприємств, установ, організацій (приватних партнерів), що здійснюється на основі договору в порядку, встановленому цим Законом та іншими законодавчими актами, та відповідає ознакам державно-приватного партнерства, визначених цим Законом¹.

У найбільш загальних рисах сутність державно-приватного партнерства, заснованого на договорі про спільну діяльність, полягає в об'єднанні суб'єктів приватного та публічного права навколо спільної мети, що має суспільно корисний ефект. На нашу думку, сама назва співпраці між такими суб'єктами – державно-приватне партнерство – повністю відповідає концепції договору про спільну діяльність, здійснювану на засадах координації, та обумовлює доцільність його застосування у процесі впорядкування відносин між його учасниками. Особливого значення встановлення державно-приватного партнерства має у контексті реалізації заходів, спрямованих на післявоєнне відновлення інфраструктурних об'єктів державної та комунальної власності, що зазнали пошкоджень чи руйнувань унаслідок військових дій. Це впливає із положень ст. 4 Закону України «Про державно-приватне партнерство», яка встановлює такі форми партнерства, як будівництво та/або експлуатація автострад, доріг, залізниць, злітно-посадкових смуг на аеродромах, мостів, шляхових естакад, тунелів і метрополітенів, морських і річкових портів та їх інфраструктури; встановлення модульних будинків та будівництво тимчасового житла для внутрішньо переміщених осіб; будівництво та капітальний ремонт житлових будинків, повністю чи частково зруйнованих унаслідок бойових дій на території проведення антитерористичної операції тощо. При цьому об'єктами державно-приватного партнерства згідно з ст. 7 Закону України «Про державно-приватне партнерство» є: а) існуючі, зокрема відтворювані (шляхом реконструкції, реставрації, капітального ремонту та технічного переоснащення) об'єкти, що

¹ Закон України «Про державно-приватне партнерство» від 01.07.2010 № 2404-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2404-17#Text> (дата звернення: 13.08.2023).

перебувають у державній або комунальній власності чи належать Автономній Республіці Крим, або майно господарських товариств, 100 відсотків акцій (часток) якого належить державі, територіальній громаді чи Автономній Республіці Крим; б) створювані або новозбудовані об'єкти відповідно до договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства.

Однією з важливих особливостей співпраці приватних партнерів та суб'єктів публічного права в рамках укладення договору про спільну діяльність є специфічний правовий режим об'єктів партнерства. Так, відповідно до ч. 3 ст. 7 Закону України «Про державно-приватне партнерство» передача приватному партнеру об'єкта державно-приватного партнерства, у тому числі його подальша реконструкція, реставрація, капітальний ремонт та технічне переоснащення приватним партнером, не зумовлює перехід права власності на цей об'єкт до приватного партнера та не припиняє права державної чи комунальної власності на такий об'єкт. Тобто такі об'єкти підлягають поверненню державному партнеру після припинення дії відповідного договору у порядку, передбаченому договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства. Відзначимо, що це стосується і випадків, коли внаслідок спільної діяльності відбувається спорудження нового об'єкта нерухомого майна. На перший погляд, такий підхід суттєво порушує баланс публічних та приватних інтересів, який є невід'ємним атрибутом партнерських відносин, адже, з одного боку, посилює економічне становище держави завдяки інвестиціям приватних партнерів, а з іншого боку, створює для останніх значні ризики, пов'язані із капіталовкладеннями та втратою ними майнових ресурсів.

Усвідомлюючи несправедливість такого підходу, вітчизняний законодавець закріпив правило, за яким договором може бути передбачено виникнення спільної часткової власності державного та приватного партнера на створювані (новозбудовані) об'єкти державно-приватного партнерства. Порядок визначення часток у праві власності створюваних (новозбудованих) об'єктів, що перебувають у спільній частковій власності державного та приватного партнера, а також умови і порядок відчуження частки у праві спільної часткової власності визначаються договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства. Вважаємо такий диспозитивний підхід досить слушним, адже він спрямований на створення для приватних партнерів правових гарантій забезпечення їх майнових інтересів.

Отже, проаналізувавши положення Закону України «Про державно-приватне партнерство», можемо виділити наступні особливості правової природи договору про спільну діяльність у цій сфері: 1) особливий суб'єктний склад, який включає суб'єктів публічного права, зокрема органи державної влади, органи місцевого самоврядування, Національну академію наук України, національні галузеві академії наук (державні партнери) та юридичних осіб приватного права (приватні партнери); 2) особливий характер єдиної для всіх партнерів мети спільної діяльності, яка полягає у створенні та/або будівництві, реконструкції, проведенні капітального ремонту об'єкта державно-приватного партнерства та/або управлінні таким об'єктом; 3) тривалий характер відносин, опосередковуваних договором про спільну діяльність у сфері державно-приватного партнерства (від 5 до 50 років); 4) спільний та справедливий розподіл між державним та приватним партнерами ризиків у процесі виконання ними договору про спільну діяльність; 5) досягнення суспільного корисного ефекту за результатами здійснення спільної діяльності; 6) забезпечення дотримання балансу майнових інтересів приватних і державних партнерів; 7) особливий мультиетапний порядок укладення договору про спільну діяльність, що передбачає: підготовку пропозиції про здійснення державно-приватного партнерства; аналіз ефективності здійснення державно-приватного партнерства; прийняття рішення про здійснення державно-приватного партнерства; конкурсний відбір приватного партнера; оприлюднення інформації про результати проведення конкурсу з визначення приватного партнера; укладення договору про спільну діяльність; 8) високий рівень державного контролю та нагляду за виконанням договору про спільну діяльність, обумовлений участю держави у договірних правовідносинах та у зв'язку із цим необхідністю забезпечення національної безпеки та державних інтересів.

Ще одним різновидом договорів про спільну діяльність, закріпленого у нормах чинного законодавства, є договір про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів учасників технологічного парку, можливість укладення якого передбачена положеннями Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків»¹. Відповідно є усі підстави ствер-

¹ Закон України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» від 16.07.1999 № 991-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/991-14#Text> (дата звернення: 14.08.2023).

дживати про застосовуваність конструкції договору про спільну діяльність в інноваційній сфері. Згідно з ст. 1 Закону під договором про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів учасників технологічного парку слід розуміти договір між юридичними особами – учасниками технологічного парку, що містить відомості про склад учасників технологічного парку, їх права та обов'язки, пріоритетні напрями діяльності технологічного парку, органи управління і керівний орган технологічного парку, їх повноваження та порядок прийняття ними рішень, порядок фінансування діяльності органів управління і керівного органу, порядок прийняття нових учасників технологічного парку та виключення з числа учасників технологічного парку, порядок ліквідації технологічного парку (припинення дії договору).

З цього приводу А.П. Стасів відзначає, що такий договір має окремі риси, не характерні для класичної договірної конструкції, оскільки в договорі обов'язково передбачається порядок прийняття нових учасників та виключення діючих. Таким чином, на думку дослідника, відбувається зміна сторін договору, яка не впливає на чинність договору про спільну діяльність. Вказане абсолютно суперечить природі договірних відносин, адже зміна сторін договору призводить до припинення договору, а новий склад учасників вимагає укладення нового договору. Однак законодавець це питання не врегулює. Так само специфікою таких договорів є призначення органів управління, як впливає із положень ст. 1 цього Закону. Видається, що конструкція органу управління не є характерною для договірних відносин. Вона традиційна для інституту юридичних осіб. Очевидно, повинно йтися про особу чи осіб, уповноважених управляти діяльністю на підставі договору та вести справи від імені учасників договору у відносинах із третіми особами¹.

Не можемо погодитися з розмірковуваннями автора, оскільки, на нашу думку, конструкція договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів учасників технологічного парку має на меті упорядкувати відносини щодо організації діяльності технологічного парку, що вбачається із дефініції його як юридичної особи або групи юридичних осіб, які діють відповідно

¹ Стасів А.П. Договір про спільну діяльність як підстава діяльності щодо розробки та реалізації інновацій: основні характеристики, різновиди. *International journal «Law & Society»*. 2022. С. 95.

3.1 Післявоєнна відбудова України: забезпечення балансу публічних...

до договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів з метою створення організаційних засад виконання проєктів технологічних парків з виробничого впровадження наукоємних розробок, високих технологій та забезпечення промислового випуску конкурентоспроможної на світовому ринку продукції. Фактично досліджуваний договір виконує функцію установчого документа, основною функцією якого є забезпечення упорядкованості діяльності учасників технологічного парку, зокрема, визначення їх прав та обов'язків, вирішення питань щодо управління технопарком як юридичною особою або групою юридичних осіб, закріплення правил формування його суб'єктного складу тощо. Тобто спільна діяльність, яка є предметом цього договору, полягає в організації та забезпеченні функціонування технопарку, з огляду на що умови договору, які визначені законодавцем у легальній дефініції останнього, є цілком обґрунтовані та відповідають меті спільної діяльності учасників технологічного парку. При цьому, по-перше, ототожнення останніх зі сторонами договору про спільну діяльність, на наш погляд, є хибним, оскільки прийняття до суб'єктного складу технологічного парку нових учасників або припинення участі поточних не впливає на чинність договору про спільну діяльність, а лише зумовлює внесення до нього змін щодо відомостей про склад учасників. По-друге, положення договору про спільну діяльність, присвячені відомостям про органи управління і керівний орган, стосуються діяльності технологічного парку, а не спільній діяльності учасників договору, які здійснюють управління нею згідно з положеннями ч. 2 ст. 1131 ЦК України.

З огляду на вказане вважаємо, що конструкція договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів учасників технологічного парку є оптимальною та доцільною з урахуванням його мети і специфіки сфери застосування. На користь цього свідчать і положення проєкту Закону України «Про інноваційні парки» № 7658 від 11.08.2022, який на сьогодні перебуває на опрацюванні профільного комітету Верховної Ради України. Йдеться про те, що, встановлюючи особливості договору про спільну діяльність як правової основи функціонування інноваційних парків, вітчизняний нормотворець вирішив зберегти підхід до визначення конструкції договору про спільну діяльність, відображений у Законі України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних

парків». Так, згідно з ст. 1 проєкту Закону України «Про інноваційні парки» договір про спільну діяльність – договір між юридичними особами – учасниками інноваційного парку, який створюється у формі господарського об'єднання без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів учасників інноваційного парку. Деталізацію змісту договору здійснює ст. 7 проєкту Закону, яка визначає, що у випадку, якщо інноваційний парк є господарським об'єднанням, яке не набуває статусу юридичної особи (договірне господарське об'єднання), такий інноваційний парк здійснює свою діяльність на підставі договору про спільну діяльність без об'єднання вкладів його учасників. При цьому істотними умовами договору про спільну діяльність є: мета його укладення; відомості про склад учасників інноваційного парку; права і обов'язки учасників інноваційного парку; відповідальність учасників інноваційного парку за зобов'язаннями, що виникають у зв'язку з участю в інноваційному парку або реалізацією проєктів інноваційного парку, відповідальність учасника інноваційного парку у разі його виходу з інноваційного парку до завершення реалізації відповідного проєкту, за зобов'язаннями, які виникли у період його участі в договорі; пріоритетні напрями діяльності інноваційного парку; органи управління і керівний орган інноваційного парку, їхні повноваження та порядок прийняття ними рішень; порядок фінансування діяльності органів управління і керівного органу; порядок прийняття нових учасників інноваційного парку, порядок виключення та виходу з числа учасників інноваційного парку, порядок розподілу прав на інноваційні продукти між учасниками інноваційного парку; порядок припинення дії договору про спільну діяльність¹. Уважаємо, що закріплення вичерпного переліку істотних умов договору про спільну діяльність у сфері функціонування інноваційних парків є цілком слушним та виправданим на тлі відсутності переліку істотних умов договору про спільну діяльність у нормах ЦК України загалом, а також виходячи із прагнення нормотворця деталізувати специфічність досліджуваної договірної конструкції в інноваційній сфері.

Таким чином, зважаючи на вказане, можемо виокремити такі характерні ознаки договору про спільну діяльність у сфері інновацій: 1) організаційний характер відносин, породжуваних договором про спільну діяльність, що обумовлений відсутністю положень щодо вне-

¹ Проєкт Закону України «Про інноваційні парки» від 11.08.2022 № 7658. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/40226> (дата звернення: 14.08.2023).

сення його учасниками вкладів на виконання договору; 2) особлива мета спільної діяльності, що полягає в організаційному забезпеченні функціонування технологічних та інноваційних парків як суб'єктів інноваційної діяльності; 3) особливий суб'єктний склад договірних правовідносин, обумовлений обов'язковою наявністю в учасників договору про спільну діяльність статусу юридичної особи; 4) подвійна природа договору про спільну діяльність, яка полягає у виконанні ним функцій і регулятора договірних відносин між учасниками технологічного та інноваційного парків, і установчого документа, що є організаційно-правовою основою функціонування останніх; 5) особливий зміст договору, пов'язаний із виконанням ним функції установчого документа технологічного та інноваційного парків.

Отже є усі підстави стверджувати про доцільність проведення класифікації договорів про спільну діяльність на основі такого критерію, як сфера застосування, оскільки дослідження особливостей застосування договорів про спільну діяльність сприяє поглибленому вивченню їх правової природи та визначенню диференційованої специфіки їх юридичних властивостей.

За результатами проведеного в рамках цього підрозділу дослідження вдалося за критерієм сфери застосування договору про спільну діяльність виділити такі його види, як: 1) договір про спільну діяльність у сфері інвестування в будівництво; 2) договір про спільну діяльність у сфері державно-приватного партнерства; 3) договір про спільну діяльність у сфері інноваційної діяльності. Крім того, виділено основні юридичні ознаки досліджуваної договірної конструкції, виходячи зі специфіки сфери застосування, що сприяє здійсненню комплексної доктринальної диференціації договорів про спільну діяльність у цілому.

Досліджувані договірні конструкції спрямовані насамперед на збалансування різнорідних публічних і приватних інтересів при відновленні України від наслідків війни. Пошук такого балансу є необхідною умовою гармонійного розвитку як суспільства, так і окремої особи. Еволюція дихотомії «приватне-публічне» пройшла шлях від повного невизнання в радянській доктрині права до визнання паритету та пошуку балансу між приватним та публічним.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

Стан економіки будь-якої держави, стабільність і ефективність цивільного обороту перебувають у прямій залежності від сумлінності і старанності учасників цивільного обороту, від належного виконання договірних зобов'язань. Характерною особливістю сучасного цивільного обороту стали низький рівень договірної дисципліни, значне збільшення кількості невиконаних чи неналежно виконаних зобов'язань¹.

У певну міру на це впливає і довгострокова збройна агресія росії проти України. Це, у свою чергу, обумовило нагальну потребу в підвищенні захисту інтересів учасників цивільного обороту та загострило проблему забезпечення належного виконання зобов'язань.

З метою захисту інтересів кредитора і попередження або зменшення розміру негативних правових наслідків від можливого невиконання або неналежного виконання зобов'язання боржником використовується інститут забезпечення виконання зобов'язань. Цей спеціальний правовий інститут посідає своє місце і в цивільному законодавстві (Гл. 49 ЦК), що передбачає спеціальні способи забезпечення виконання зобов'язань – неустойку, поруку, гарантію, заставу, притримання, завдаток, право довірчої власності, а також інші непойменовані способи, встановлені договором або законом.

Автори Концепції оновлення Цивільного кодексу України слушно пропонують назвати Главу 49 ЦК України «Забезпечення зобов'язання». Термін «забезпечення виконання зобов'язання» є умовним, оскільки окремі заходи, які названі законом як такі, не стосуються виконання основного зобов'язання, а призначені для захисту майнового інтересу кредитора у випадку прострочення (неналежності) боржника (йдеться про поруку і гарантію). Тому коректно використовувати термін «забезпечення зобов'язання». Також пропонується дати визначення поняттю «забезпечення зобов'язання». На думку авторів, забезпечення зобов'язання може визначатися як додаткове право кредитора для захисту його майнового інтересу у випадку прострочення (неналежності) боржника, яке стимулює боржника до належної

¹ Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 242–243.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

поведінки. Забезпечувальне право полягає в покладенні додаткових обтяжень на боржника на випадок невиконання або неналежного виконання, резервуванні майна боржника, за рахунок якого може бути досягнуто виконання, притягнення до виконання поряд із боржником третіх осіб і застосовується до відкритого переліку видів забезпечень зобов'язань, які виникають на підставі закону або правочину¹. Якщо звернутись до історичного екскурсу, то інститут забезпечення виконання зобов'язань завдячує своїм походженням праву Стародавнього Риму, де було створено струнку систему правових засобів забезпечення зобов'язань, основними з яких є *arra* (завдаток), *stipulation poena* (штраф або ж неустойка), *pignus*, *hypotheca* (застава), *adpromissio fidejussio* (порука).

Про греко-римське походження одного зі способів забезпечення виконання зобов'язання пише також Т.О. Жагорнікова: «Правовий зміст завдатку як гарантійного засобу виконання зобов'язання в сучасному розумінні з'явився у період, коли продавець отримував право утримати завдаток у випадку односторонньої відмови від купівлі, а покупець міг стягнути завдаток у подвійному розмірі»².

Також перші згадки про забезпечення виконання зобов'язань можна віднайти у Соборному уложенні 1649 р., яке вважається однією з найважливіших пам'яток феодального права та одним з найбільш відомих законів законодавства, де було закріплено забезпечення виконання зобов'язань шляхом сплати неустойки, застави (рухомого і нерухомого майна), поруки.

У Правах, за якими судили малоросійський народ 1793 р., до способів забезпечення виконання зобов'язань віднесено завдаток, застава та поруку³.

Останнім часом велика увага приділяється дослідженню кодифікації цивільного права під назвою «*Codex Civilis pro Galicia Orientali 1797*» («Цивільний кодекс для Східної Галиції», далі – Цивільний кодекс Галичини).

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 39. URL: <https://pravo.ua/wp-content/uploads/2021/01/Projekt-Koncepcii-onovlennja-Civilnogo-kodeksu-Ukraini.pdf> (дата звернення: 15.08.2023).

² Гринько Р.В. Історія становлення та розвитку інституту забезпечення виконання зобов'язань в Україні. *Університетські наукові записки*. 2015. № 2. С. 110. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2015_2_14 (дата звернення: 15.08.2023).

³ Гринько Р.В. Історія становлення та розвитку інституту забезпечення виконання зобов'язань в Україні. *Університетські наукові записки*. 2015. № 2. С. 111. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2015_2_14 (дата звернення: 15.08.2023).

Цивільний кодекс Галичини також передбачав забезпечення виконання зобов'язань через п'ятнадцятий основний розділ «Про забезпечення прав і обов'язків», який налічував 36 параграфів (§ 490–525). В § 490 говориться, що «саме лише право щодо речі ґрунтується не завжди на міцній та надійній основі. Зобов'язана особа іноді може бути невідома або проживати в іншому районі, вона може не мати засобів або втекти. Тому кредитор може наполягати на гарантуванні свого права і забезпеченні зобов'язання свого боржника»¹.

Серед способів забезпечення Цивільний кодекс Галичини передбачав завдаток, заставу, поруку².

У проєкті Цивільного уложення 1905 р. спостерігається інший підхід до правового регулювання забезпечення виконання зобов'язання. По-перше, способи забезпечення зобов'язання зведено до завдатку (ст. 1593–1600), неустойки (ст. 1601–1608), права притримання (ст. 1642–1645). По-друге, одержало законодавче закріплення право кредитора на призупинення виконання зобов'язання для захисту своїх прав та інтересів за договором (ст. 1610).

У ЦК УРСР 1963 р. з'являється нова конструкція забезпечення виконання зобов'язань. Окрема глава 16 цього Кодексу присвячена видам забезпечення виконання зобов'язань, до яких віднесено неустойку, заставу, поручительство, завдаток, гарантію. Водночас не згадується про право притримання, хоча ст. 408 називається «Утримання комісіонером належних йому сум», але фактично йдеться про зарахування зустрічних однорідних вимог.

Правове регулювання інституту забезпечення виконання зобов'язань одержав також у ЦК України 2003 р. у спеціальній главі 49.

Таким чином, забезпечення виконання зобов'язання не є новим інститутом для цивільного права, а має давнє походження³.

З метою запобігання виникненню негативних наслідків у випадках порушення договірних зобов'язань з надання послуг законодавець передбачив різні захисні заходи, спеціальні інститути, що забезпечують виконання договірних зобов'язань, а також компенсують

¹ Цивільний кодекс Галичини / пер. з нім. М. Мартинюка, О. Павлишинець. Івано-Франківськ: Вавилонська бібліотека, 2017. С. 246.

² Цивільний кодекс Галичини / пер. з нім. М. Мартинюка, О. Павлишинець. Івано-Франківськ: Вавилонська бібліотека, 2017. С. 246–250.

³ Грицько Р.В. Історія становлення та розвитку інституту забезпечення виконання зобов'язань в Україні. *Університетські наукові записки*. 2015. № 2. С. 112. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2015_2_14 (дата звернення: 15.08.2023).

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

постраждалій у результаті неналежного виконання зобов'язання сторони понесені витрати.

Учасники договірних зобов'язань зацікавлені в їх належному виконанні, тобто в дотриманні договірної дисципліни.

Загалом в юридичній літературі засоби забезпечення залежно від часу і способу встановлення (виникнення) пропонується поділяти на універсальні та спеціальні. Універсальним засобом забезпечення зобов'язань є відшкодування боржником збитків, котрих зазнав кредитор унаслідок невиконання зобов'язання (ст. 623 ЦК). Особливістю його є те, що він застосовується незалежно від спеціальної домовленості сторін про це. Крім того, розмір збитків може бути визначений тільки після невиконання зобов'язань. Спеціальні ж засоби забезпечення виконання зобов'язань встановлюються в момент виникнення зобов'язань. У результаті кредитор і боржник заздалегідь уявляють конкретні наслідки невиконання зобов'язання¹.

Незважаючи на значущість і застосовність способів забезпечення виконання зобов'язань, вони недостатньо повно врегульовані законодавством, що викликає суперечки на практиці і породжує неоднозначність їх тлумачення. Зважаючи на те, що способи забезпечення стимулюють належне виконання договірних зобов'язань відповідно до норм чинного законодавства, то чітке усвідомлення сутності і принципів застосування конкретних заходів забезпечення виконання зобов'язань, у тому числі щодо надання послуг, набуває сьогодні особливої актуальності².

Так, ЦК 1922 р. не містив загального підрозділу, присвяченого способам забезпечення виконання зобов'язань. ЦК УРСР 1963 р. містив ст. 178 «Забезпечення виконання зобов'язань», яка сприймалася як загальна та давала визначення забезпечення виконання зобов'язання через вичерпний перелік його видів (неустойка, застава, порука, завдаток і гарантія). Зважаючи на те, що цей перелік був вичерпним, то сторони договору про надання послуг не мали можливості вибору інших, непойменованих способів забезпечення виконання зобов'язань. Натомість законодавець у ЦК України дотримується принципово нового підходу до визначення способів забезпечення виконання зобов'язань,

¹ Наріжний С.Ю. Забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2013. С. 92.

² Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 244.

який полягає в тому, що договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язань (ч. 2 ст. 546 ЦК України), крім встановлених у ч. 1 ст. 546 ЦК України.

Зазначимо, що в сучасній юридичній літературі трапляються схожі думки щодо недоцільності закріплення загальних положень про забезпечення виконання зобов'язань на законодавчому рівні. Деякі вчені стверджують, що цілісного вчення про забезпечення у вітчизняній цивілістиці поки що не створено, хоча є велика потреба в такому вченні¹.

З аналізу юридичної літератури вбачається, що забезпечення виконання зобов'язань розглядається в широкому та вузькому розумінні. В широкому розглядаються усі ті правові, економічні, організаційні та інші умови й механізми, які спонукають боржника до належного виконання зобов'язання. У вузькому розумінні забезпеченням виконання зобов'язань є система правових норм, яка регулює зазначені додаткові правовідносини (зобов'язання)². Це, в свою чергу, свідчить про те, що в цивільному праві під забезпеченням виконання зобов'язань з надання послуг маються на увазі додаткові правовідносини, спрямовані на стимулювання боржника до точного і неухильного виконання договірних умов і попередження та зменшення негативних наслідків від можливого порушення.

У праві Великої Британії і США під забезпеченням виконання договорів розуміється будь-яка юридична операція, що робить вірогіднішим виконання основного зобов'язання. Особливість поняття «забезпечення виконання договорів» обумовлена тим, що в цих країнах окремими підгалуззями права є договірне право (Law of Contract) і зобов'язання, що виникають з правопорушення (Law of Torts). При цьому поняття договору конструюється настільки широко, що охоплює і односторонні правочини, а основні положення договірного права у значну міру є загальними положеннями зобов'язального права³.

¹ Пучковська І.Й. Щодо розмежування видів забезпечення виконання зобов'язання та мір цивільно-правової відповідальності (на прикладі неустойки). *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання)*: матер. міжнар. наук.– практ. конф. (Київ, 10 листопада 2011 р.). Київ: Алерта, 2012. С. 124–128.

² Наріжний С.Ю. Забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2013. С. 89.

³ Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 245.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

У нашій правовій системі основне завдання щодо забезпечення виконання договорів про надання послуг убачається у створенні шляхів стимулювання боржника до особистого виконання договору і лише у випадку неможливості особистого виконання – в створенні для кредитора додаткових гарантій відшкодування збитків у разі невиконання або неналежного виконання договору. Крім того, слід зазначити, що сучасне цивільне законодавство не обмежує сторони договору у виборі способу забезпечення виконання зобов'язання, а також у можливості одночасного застосування всіх або кількох способів забезпечення.

Таким чином, незважаючи на критику недоцільності закріплення загальних положень про забезпечення виконання зобов'язань на законодавчому рівні, слушним видається підхід законодавця, який у Гл. 49 ЦК України об'єднав і загальні положення про забезпечення виконання зобов'язання і спеціальні положення про застосування кожного із закріплених у цій главі способів. У результаті і кредитор, і боржник задалегідь уявляють конкретні наслідки невиконання зобов'язання.

Не менш проблемним питанням у теорії цивільного права є потреба у розмежуванні понять «санкція», «цивільна відповідальність», «спосіб забезпечення». На нашу думку, поняття санкції за своїм призначенням і змістом ширше, ніж відповідальність, а результатом настання відповідальності буде відшкодування шкоди у формах, передбачених санкціями норм цивільного права. Водночас непоодинокими є випадки, коли санкція і відповідальність законодавцем ототожнюється. Прикладом може слугувати неустойка і завдаток (щоправда, з одним застереженням – використання неустойки та завдатку можливе лише за наявності вини боржника), адже вони не тільки відновлюють права кредитора, а й позбавляють певних благ боржника, який допустив невиконання або ж неналежне виконання покладених на нього зобов'язань за договором про надання послуг.

На основі наведеного можна й розмежувати такі поняття, як відповідальність і спосіб забезпечення виконання зобов'язань. Так, основне призначення способів забезпечення виконання зобов'язань – стимулювання боржника до належної поведінки та створення своєрідної гарантії здійснення прав кредитором. Реалізація цих прав кредитора відображається за допомогою покладення на боржника додаткових обтяжень у вигляді сплати неустойки або завдатку; залучення до виконання зобов'язання або до відповідальності за його невиконання

третіх осіб (порука, банківська гарантія); попереднього виділення майна для можливого примусового задоволення вимоги кредитора (застава) тощо.

Таким чином, дослідження видів забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг доцільно розпочати із найбільш поширеного способу забезпечення – неустойки.

Говорячи про правову природу неустойки, слід зазначити, що в доктрині до сьогодні не вщухають дискусії щодо того, чи визнавати неустойку лише способом забезпечення виконання зобов'язання або лише мірою відповідальності, чи визнати подвійну правову природу неустойки. Не акцентуючи на цьому питанні увагу, все ж зазначимо, що будемо дотримуватись найбільш поширеної та прийнятної думки про подвійну природу неустойки в цивільному праві: неустойка одночасно є способом забезпечення виконання зобов'язань та формою (мірою) цивільно-правової відповідальності. На нашу думку, цей підхід цілком прийнятний для розуміння правової природи неустойки як способу забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг, оскільки, з одного боку, неустойка входить до складу передбачених законом мір, спрямованих на стимулювання належного виконання взятих на себе зобов'язань боржником шляхом встановлення додаткових гарантій задоволення інтересів кредитора, а з іншого – в разі порушення умов договору про надання послуг у боржника виникає додатковий обов'язок сплатити неустойку. Так, на думку І.Й. Пучковської, види забезпечення виконання зобов'язання, безумовно, стимулюють боржника до виконання зобов'язання, але їх основне призначення захищати кредитора у разі порушення боржником забезпеченого зобов'язання¹.

Однією з основних функцій, властивих неустойці як способу забезпечення виконання договірних зобов'язань загалом та з надання послуг зокрема, є стимулювальна (забезпечувальна) функція. Так, неустойкою може забезпечуватися виконання боржником зобов'язання в натурі. Це відбувається, наприклад, шляхом встановлення штрафів та пені на випадок прострочення надання послуг; у разі пошкодження вантажу при перевезенні тощо.

¹ Пучковська І.Й. Про проблему визнання видів забезпечення виконання зобов'язання способами захисту. *Актуальні проблеми науки і практики цивільного, житлового та сімейного права*: матер. Міжнар. наук.-практ. конф., присвяченої 91-річчю з дня народження В.П. Маслова (м. Харків, 15 лютого 2013 р.). Харків: Право, 2013. С. 172–176.

Тобто можемо констатувати, що у договірних зобов'язаннях з надання послуг мета неустойки полягає у матеріальному стимулюванні боржника до належного виконання свого основного обов'язку: здійснення діяльності, пов'язаної з наданням послуг. Водночас слід зазначити, що такий стимулювальний ефект переважно властивий неустойці, що встановлюється у тривалих правовідносинах (зберігання, банківські послуги в сфері кредитування тощо).

Говорячи про особливості неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг, доцільно виділити такі її ознаки: а) неустойка характеризується акцесорністю (додаковістю) до основного зобов'язання, тобто є додатком до вже існуючого договірному зобов'язання з надання послуг; б) неустойка спрямована на попередження невиконання чи неналежного виконання умов договорів про надання послуг; в) застосуванню неустойки передують невиконання чи неналежне виконання боржником передбачених договором про надання послуг зобов'язань, тобто підставою для покладення на останнього негативних наслідків є факт порушення договірному зобов'язання; г) виходячи з дії принципу свободи договору, сторони на власний розсуд формулюють (де це можливо) умови про неустойку; г) стягненням неустойки компенсуються ті втрати, яких зазнав кредитор у зв'язку з невиконанням умов договору про надання послуг; д) у неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг відсутня ознака, притаманна для інших видів забезпечення виконання зобов'язання, – наявність додаткової гарантії виконання зобов'язання.

Застосування положень імперативних норм щодо включення в зміст договору про надання послуг умов, які стосуються видів забезпечення виконання зобов'язання, свідчить про турботу законодавця щодо економічно слабшої сторони в договірних відносинах – споживача, замовника, а з іншого боку – про відповідні гарантії, що надаються стороні договору, яка змушена укласти договір з природним монополістом (наприклад, Укрзалізницею).

Розглядаючи сукупність нормативних актів, що діють в Україні, О.О. Отраднава доходить висновку, що на сьогодні законною неустойкою забезпечуються такі основні комплекси правовідносин: а) правовідносини, одним із суб'єктів яких виступає держава або державне підприємство, установа, організація (правовідносини, що складаються у зв'язку з забезпеченням потреб держави у відповідних ресурсах, та правовідносини, в яких державне підприємство виступає

сторону, що надає певні послуги, передає майно, фінансує відповідні роботи тощо); б) цивільні правовідносини, до участі в яких хоча і допускаються юридичні особи приватного права недержавних форм власності, але у тих сферах, що підлягають чіткому та детальному державному регулюванню, забезпеченню та контролю (транспортні відносини, відносини, що складаються у зв'язку із захистом прав споживачів, кредитно-розрахункові відносини, відносини зв'язку тощо); в) деякі інші цивільні правовідносини, не пов'язані з інтересами держави, забезпечення виконання зобов'язань, за якими законною неустойкою залишилося у спадщину від радянської системи народного господарства (відносини поставки)¹.

Уважаємо, що, пропонуючи зазначені групи правовідносин, дослідниця виходила з намагання законодавця захистити інтереси держави та державних підприємств від недобросовісних контрагентів. Більше того, забезпечення законною неустойкою окремих правовідносин з надання послуг спрямоване на нормальне існування та розвиток тих сфер, які знаходяться під державним регулюванням та контролем, оскільки, наприклад, порушення в сфері надання послуг із перевезення пасажирів у м. Києві спричинятимуть шкоду не лише контрагентам, а й місту в цілому.

Зазначимо, що хоча й в чинному законодавстві існує обмеження стосовно стягнення договірної неустойки (пені) за грошовими зобов'язаннями подвійною обліковою ставкою НБУ, однак розмір законної неустойки у багатьох випадках є доволі значним. Особливо це стосується неустойки, яка встановлюється у цивільно-правових відносинах за участю держави та покладається на контрагента державного органу². Водночас заслуговує на увагу запропонована в юридичній літературі теза про закріплення на законодавчому рівні можливості забезпечення неустойкою, в тому числі і виконання зобов'язань з надання послуг з боку держави для дотримання загального принципу цивільного права – принципу рівності сторін³.

¹ Отраднава О.О. Неустойка в цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2002. С. 84–86.

² Держава, маючи особливий інтерес в пріоритетних напрямках свого розвитку, намагалася задовольнити належне виконання саме певної групи зобов'язань, встановлюючи підвищені розміри штрафів за їх неналежне виконання, передбачаючи стягнення санкцій в півтораразовому розмірі, тощо.

³ Отраднава О.О. Неустойка в цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2002. С. 86.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

Загальновідомо, що розмір законної неустойки визначається безпосередньо в законі, яким така неустойка встановлюється. Розмір законної неустойки не може бути довільним. У певних випадках у нормативному акті встановлювалася і межа, понад яку відповідальність у вигляді неустойки не наставала. Водночас законодавець не забороняє в договірному порядку (в нашому випадку – в договорах про надання послуг) змінювати розмір законної неустойки. Тобто сторони договору про надання послуг вправі збільшити або ж зменшити розмір неустойки, встановлений законом¹.

Розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду за наявності однієї з таких умов: а) якщо розмір неустойки значно перевищує розмір завданих збитків; б) за наявності інших обставин, які мають істотне значення (ч. 3 ст. 551 ЦК). Прикладом може слугувати судова справа про стягнення штрафу за прострочення виконання зобов'язання, в якій колегія суддів Верховного Суду України в постанові від 19 жовтня 2006 р. вказала на можливість зменшення розміру неустойки за прострочення виконання зобов'язання².

Чинне законодавство України не містить переліку виняткових випадків (обставин, які мають істотне значення), за наявності яких судом може бути зменшено неустойку. Тому автори Концепції оновлення Цивільного кодексу України норму ст. 551 ЦК України про зменшення неустойки пропонують доповнити правилами, згідно з якими суд має право зменшити розмір неустойки лише за наявності про це заяви боржника; зменшення неустойки, яка підлягає сплаті підприємцем на підставі договору, допускається у виняткових випадках у разі доведеності того, що стягнення неустойки у визначеному договором розмірі може викликати отримання кредитором необґрунтованої вигоди³.

Під час проведення рекодифікації глави 51 ЦК України пропонується відмовитися від конструкції штрафної неустойки, передбаченої ч. 1 ст. 624 ЦК України, замінивши її конструкцією залікової неустойки⁴.

¹ Так, А.В. Луць серед самостійних елементів свободи договору пропонує розглядати і визначення способів забезпечення договірних зобов'язань (Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Київ, 2001. С. 11).

² Бондаренко М. Свобода договора в его разумности. *Юридическая практика*. 2007. № 4 (474). 23 января. С. 16–18.

³ Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу: монографія / за ред. Н.С. Кузнецової. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 593.

⁴ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 44. URL: <https://pravo.ua/wp-content/uploads/2021/01/Projekt-Koncepcii-onovlennja-Civilnogo-kodeksu-Ukraini.pdf> (дата звернення: 15.08.2023).

На принципово інших засадах формується договірна неустойка. Питання щодо включення її до договору вирішують самі сторони. Саме сторони, а не законодавець, визначають умови застосування договірної неустойки і її безпосередній розмір за неналежне виконання зобов'язання, підстави і випадки застосування. Як виняток, при виникненні переддоговірного спору за згодою сторін це питання може бути передано для вирішення суду¹.

Розмір договірної неустойки повинен визначатися, виходячи з розміру неустойок, які існують у чинному законодавстві за аналогічні чи схожі правопорушення. Так, скажімо, не може вважатися обґрунтованим, коли розмір неустойки за ненадання послуги за договором сторони визначають більшим, ніж за неналежне надання послуги виконавцем, оскільки невиконання договірного зобов'язання є важчим порушенням договору про надання послуг, ніж неналежне його виконання.

Виходячи з наведеного, видається доцільним підкреслити, що сьогодні має місце розширення сфери застосування договірної неустойки, оскільки можливість її застосування надає контрагентам більш широкі гарантії для забезпечення належного виконання договору про надання послуг. Так, у договорах про надання послуг сторони вправі конкретизувати можливість диференціювати застосування неустойки за невиконання зобов'язання. Передбачаючи застосування неустойки за порушення договірних зобов'язань з надання послуг, сторони мають змогу враховувати специфіку конкретного виду договорів про надання послуг, а також і особливості договірних відносин з контрагентами.

Таким чином, при укладенні договорів про надання послуг сторонам надається можливість наперед визначити спосіб забезпечення виконання зобов'язань, що і буде стимулювати належне виконання умов договору. На нашу думку, саме неустойка є найпоширенішим, універсальним способом забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг, і в цьому вбачається перевага перед іншими способами забезпечення виконання зобов'язань.

Наступним, не менш дієвим, способом забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг є порука. Важливе значення цього правового інституту при забезпеченні виконання договірних зобов'язань

¹ Гелевей О.І. Неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2003. С. 67.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

з надання послуг у наш час не викликає сумніву, оскільки не всі можливі способи забезпечення виконання договірних зобов'язань можуть бути дієвими при забезпеченні надання різних за складністю послуг. Отже, законодавець у ст. 553 ЦК України під порукою запропонував розуміти такий договір, за яким поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку.

Незважаючи на значну кількість праць з наукового осмислення цього правового феномена, його юридична природа, визначення місця в системі цивільного права є однією із досить складних проблем цивілістики.

Аналіз існуючих визначень поруки показує, що в їх основу покладено різні аспекти у розумінні поруки. Особливо звертає на себе увагу різне розуміння змісту основного зобов'язання поручителя, що, як слушно зазначає О.В. Михальнюк, в більшості випадків і послужило причиною неоднакового визначення поняття інституту поруки та його призначення як забезпечувального засобу у цивільному праві¹. Враховуюче наведене, слід зауважити, що запропоноване О.В. Михальнюк визначення поруки заслуговує на увагу, оскільки порука – це акцесорне договірне зобов'язання, згідно з яким поручитель поручається перед кредитором третьої особи (боржника) за виконання останнім його обов'язку, а у разі його невиконання чи неналежного виконання зобов'язується виконати обов'язок боржника та/або нести цивільно-правову відповідальність у формі відшкодування збитків (шкоди) та/або сплати неустойки².

Однією з особливостей виконання зобов'язань з надання послуг, що виникає із поруки, є комплексний характер обов'язку поручителя, який проявляється в тому, що поручитель: а) поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку і у разі невиконання його боржником сам здійснює виконання; б) відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. Саме цим і забезпечуються інтереси кредитора, якому гарантується належне виконання обов'язків за договорами про надання послуг шляхом залучення поручителя, який, володіючи необхідними дозволами та навиками, зобов'язується надати послугу особисто замовнику, якщо цього

¹ Михальнюк О.В. Цивільно-правове регулювання поруки: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. С. 58.

² Михальнюк О.В. Цивільно-правове регулювання поруки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. С. 4–5, 10.

не зможе здійснити боржник (виконавець) за основним договором про надання послуг¹.

Виходячи із законодавчої дефініції договору поруки, за яким поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку (ч. 1 ст. 553 ЦК), цілком логічним є висновок про залучення до виконання основного обов'язку, що виник між кредитором і боржником, третьою особою – поручителя. Зважаючи на наведену дефініцію поруки, можемо припустити, що порукою забезпечуються будь-які цивільно-правові зобов'язання, в тому числі й зобов'язання з надання послуг. Водночас у зобов'язаннях з надання послуг таке залучення третіх осіб до здійснення діяльності з надання послуг повинно обов'язково погоджуватись між контрагентами, адже відповідно до ч. 1 ст. 902 ЦК виконавець повинен надати послугу особисто. Цей висновок видається таким, що випливає з самої природи поруки та ґрунтується на чинному законодавстві, яке не містить жодних обмежень щодо забезпечення порукою зобов'язань з надання послуг.

Разом із тим незрозумілим видається підхід законодавця, відображений у ст. 554 ЦК України, за яким поручитель відповідає «у тому ж обсязі, що і боржник, включаючи сплату основного боргу». Тобто фактично законодавець, з одного боку, розширив межі поруки: поручившись за грошове зобов'язання, поручитель, безспірно, буде нести обов'язок щодо його виконання, а з іншого – звузив сферу застосування поруки, обмеживши її лише випадками забезпечення грошових зобов'язань. На нашу думку, спірність цієї позиції полягає в тому, що вона не в повну міру відображає можливі ситуації, коли інтерес кредитора буде потребувати саме такого забезпечувального механізму, як порука у формі виконання того, до чого зобов'язався боржник. Йдеться про випадки, коли кредитор зацікавлений у наданні поручителем замість боржника конкретних послуг.

Водночас, говорячи про поруку-виконання, слід зазначити, що, виходячи зі змісту ч. 1 ст. 902 ЦК України, існують зобов'язання з надання послуг, які не можуть бути виконані третьою особою. Наприклад, надання концертно-видовищних послуг з виступом конкретного артиста або ж надання медичних послуг загальною визначенням та відомим лікарем тощо. Тобто визначати зміст основного обов'язку поручителя у договорах про надання послуг слід, виходячи з можливості чи, від-

¹ Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 254.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

повідно, неможливості виконання зобов'язання за боржника іншою особою. Таким чином, якщо поручитель у силу об'єктивних (наявність ліцензії на надання конкретного виду послуг) та суб'єктивних (наявність досвіду, вмінь, навичок) обставин може надати послугу замість виконавця, на нього може бути покладений обов'язок щодо надання такої послуги замість боржника і він зобов'язаний буде відповідати за невиконання останнім свого обов'язку, забезпеченого порукою (порука-виконання). Якщо таке виконання є об'єктивно неможливим (особистісний характер основного зобов'язання), поручителя не можна вважати зобов'язаним до виконання, а тому він нестиме лише відповідальність за боржника у формі відшкодування збитків, сплати неустойки, процентів (порука-відповідальність)¹.

Отже, поручі як способу забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг притаманні такі ознаки:

1) договірна природа, яка реалізується або шляхом укладення окремого договору, або ж шляхом закріплення відповідного договірного положення про поруку в основному договорі про надання послуг;

2) акцесорний (додатковий) характер. З цією ознакою поруки пов'язані наступні юридичні наслідки: а) визнання договору про надання послуг недійсним призводить до недійсності договору поруки; б) із припиненням договору про надання послуг у зв'язку з його виконанням або з інших підстав (новація, зарахування зустрічних вимог тощо) автоматично припиняється договір поруки і відповідно зміна умов договору про надання послуг призводить до зміни умов поруки (якщо це покращує становище поручителя) або ж є підставою для припинення договору поруки (якщо становище поручителя погіршується);

3) солідарний характер відповідальності поручителя і боржника у випадку невиконання останнім його обов'язку, за умови передбачення такого положення безпосередньо в договорі поруки або ж договорі про надання послуг.

У рамках рекодифікації цивільного законодавства України доцільно передбачити можливість укладення договору поруки в забезпечення як грошових, так і негрошових зобов'язань, виникнення поруки не лише на підставі договору, але й в силу вказівки закону у разі настання визначених ним обставин, визнання співпоручителів боржниками за правилами часткової множинності осіб пропорційно їх участі

¹ Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 255.

в забезпеченні основного зобов'язання. З метою максимального захисту інтересів кредитора в ЦК України доцільно передбачити, що у випадках, коли зобов'язання, забезпечене порукою, було змінено без згоди поручителя, що викликало збільшення відповідальності або інші негативні наслідки для поручителя, таке зобов'язання не припиняється, а поручитель відповідає на попередніх умовах; у договорі поруки може бути передбачена заздалегідь надана згода поручителя в разі зміни зобов'язання нести відповідальність перед кредитором на змінених умовах і в установлених у такій згоді межах; порука не припиняється у зв'язку зі смертю боржника, реорганізацією юридичної особи-боржника¹.

Специфічним способом забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг є гарантія, за якою банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

Тобто у відносинах, що виникають з приводу гарантії, беруть участь три суб'єкти – гарант, принципал (боржник) і бенефіціар (кредитор).

Специфічність гарантії полягає в тому, що головною ознакою гарантії як забезпечувального правочину є відсутність акцесорності, тобто незалежність гарантії від основного зобов'язання, на забезпечення якого її видано. Тобто гарантія не припиняється з припиненням договору про надання послуг та не змінюється з його зміною. Крім того, гарантія не стає недійсною в разі визнання недійсним договору про надання послуг. Гарантія не дає гаранту права посилається при пред'явленні йому вимоги бенефіціаром на заперечення, що пов'язані із зобов'язанням, що забезпечується.

У договірних зобов'язаннях з надання послуг самостійність гарантії доцільно розглядати лише щодо договору про надання послуг – у відносинах гаранта та виконавця, оплату наданих послуг якого гарантує така фінансова установа. У відносинах же виконавця (бенефіціара) з замовником (принципалом) виконавець зобов'язаний користуватися гарантією відповідно до домовленості із замовником, і в цих відносинах право виконавця заявити вимогу за гарантією виявляється залежним від договору про надання послуг.

Крім того, серед важливих ознак гарантії варто визначити її безвід-

¹ Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу: монографія / за заг. ред. Н.С. Кузнецової. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 593–594.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

кличність. Так, відповідно до ч. 3 ст. 561 ЦК України гарантія не може бути відкликана гарантом. Однак, як зазначається в юридичній літературі, оскільки це правило має диспозитивний характер, то у самій гарантії може бути передбачена можливість її відкликання¹.

Виходячи зі змісту ст. 560 ЦК України, гарантом може бути лише фінансова установа. Якщо ж гарантію видала юридична особа, яка чинним законодавством не віднесена до фінансових установ, така гарантія є недійсною (нікчемною) на підставі ч. 2 ст. 215 ЦК України. До фінансових установ законодавець відносить банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, винятковим видом діяльності яких є надання фінансових послуг (Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»)².

Як убачається із наведеного, лише фінансовими установами за договорами про надання послуг можуть видаватися гарантії на забезпечення виконання такого роду зобов'язань. Водночас законодавець певним чином обмеживши, на відміну від підходу, відображеного в ЦК УРСР (ст. 196), коло осіб, які можуть бути гарантами, розширив коло боржників, виконання обов'язків якими гарантує гарант. Такими боржниками (принципалами) можуть бути не лише юридичні, й фізичні особи, в тому числі підприємці. Бенефіціаром (кредитором принципала, на користь якого видається гарантія) може також бути будь-який суб'єкт цивільного права.

Крім того, варто підтримати висловлену в юридичній літературі думку про існуючу законодавчу суперечність між ч. 1 ст. 560 ЦК, ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та статті 6–7 Закону України «Про страхування» та необхідність їх узгодження між собою, адже за ст. 560 ЦК України та ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» страхові компанії належать до фінансових установ та можуть виступати гарантами, однак у Законі України «Про страхування» законодавець не включив до переліку операцій, що сформульовані в імперативній формі, можливість

¹ Слома В.М. Гарантія як вид забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Л., 2007. С. 8.

² Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 № 2664-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 1. Ст. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text> (дата звернення: 15.08.2023).

страхових організацій видавати гарантії, обмеживши тим самим їх права у здійсненні таких операцій та одержанні відповідних доходів¹. Зважаючи на наведе, вважаємо нагальним питання щодо включення до переліку операцій, закріплених у Законі України «Про страхування», можливість страхових організацій видавати гарантії.

Підставою для виконання гарантом зобов'язання, встановленого ч. 1 ст. 563 ЦК України, є пред'явлення вимоги кредитором (принципалом) до гаранта про сплату грошової суми відповідно до виданої ним гарантії. Пред'являючи вимогу до гаранта, кредитор, на думку С.Ю. Наріжного, або в самій вимозі, або в доданих до неї документах повинен зазначити, в чому полягає порушення боржником основного зобов'язання, забезпеченого гарантією. Недотримання цієї вимоги тягне за собою наслідки, встановлені ч. 1 ст. 565 ЦК України².

Одержавши у встановленому порядку вимогу від бенефіціара, гарант повинен негайно повідомити про це боржника й передати йому копію вимоги разом з доданими до неї документами. Водночас у ЦК України чітко передбачені випадки, коли гарант вправі відмовитись від задоволення вимог кредитора, а саме:

- 1) у випадку, якщо вимога або додані до неї документи не відповідають умовам гарантії;
- 2) якщо вимога або додані до неї документи подані гаранту після закінчення строку дії гарантії.

Слід зазначити, що у договірних зобов'язаннях про надання послуг гарант повинен, незважаючи на відсутність такої вимоги як у загальних нормах про гарантію, так і в спеціальних положеннях про надання послуг, негайно повідомити кредитора про відмову від задоволення його вимог, оскільки у будь-якому випадку бенефіціар має право вимагати від гаранта таких пояснень, адже йдеться про відмову задовольнити належне йому суб'єктивне цивільне право. Зважаючи на наведене, доцільно порекомендувати сторонам договорів про надання послуг, в яких бере участь гарант, обов'язково закріплювати вимогу про інформування кредитора щодо причин такої відмови³.

¹ Гриняк А.Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 257.

² Наріжний С.Ю. Забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2013. С. 180.

³ Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 259.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

Гарантія, виходячи зі змісту ст. 567 ЦК України, є своєрідним видом надання послуг (ст. 567 ЦК України). Так, виходячи зі змісту ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», надання гарантії визнається фінансовою послугою, тобто операцією з фінансовими активами, що здійснюється в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів¹.

Разом із тим, варто зазначити, що така ознака, як оплатність договору гарантії у договорах про надання послуг, не є абсолютною, оскільки зі змісту ст. 567 ЦК України вбачається, що в ній йдеться про право гаранта на оплату наданих ним боржникові послуг, а не про обов'язок боржника оплатити надані послуги. Тобто гарант може скористатися, а може і не скористатися своїм правом на оплату послуг, тому й відповідно гарантія в договорах про надання послуг може бути безоплатною.

У випадку надання гарантії на оплатних засадах розмір плати за видачу гарантії слід погоджувати в договірному порядку. В нашому випадку вказівку про таку домовленість сторін потрібно обов'язково вказувати серед умов при укладенні договорів про надання послуг.

Підстави припинення зобов'язання гарантії перед кредитором передбачені ч. 1 ст. 568 ЦК України, а саме: сплата кредитором суми, на яку видано гарантію; закінчення строку дії гарантії; відмова кредитора від своїх прав за гарантією шляхом повернення її гарантові або шляхом подання гаранту письмової заяви про звільнення його від обов'язків за гарантією. Крім цього, підставою припинення зобов'язання гаранта перед кредитором можуть бути також загальні підстави припинення зобов'язань. Це, в свою чергу, можуть бути передання боржником кредитором відступного (ст. 600 ЦК), зарахування зустрічних однорідних вимог (ст. 601 ЦК), новація (ст. 604 ЦК), поєднання боржника і кредитора в одній особі (ст. 606 ЦК) тощо².

Отже, зважаючи на наведе, варто наголосити, що з усіх способів забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг саме гарантія

¹ Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 № 2664-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 1. Ст. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text> (дата звернення: 15.08.2023).

² Наріжний С.Ю. *Забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування*: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2013. С. 184.

посідає особливе місце в договірних відносинах, предметом яких є грошові зобов'язання, завдяки високій ефективності забезпечувальної функції, спрямованої на захист інтересів кредитора у разі порушення зобов'язання боржником у групі договорів про надання послуг.

Таким чином під гарантією як способом забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг пропонуємо розуміти самостійне незалежне від договору про надання послуг письмове зобов'язання фінансової установи (гаранта) щодо гарантування сплати визначених гарантією коштів, що діє протягом визначеного строку та видається на прохання суб'єкта основного зобов'язання (принципала) виконати іншому учаснику таких правовідносин (бенефіціару) грошове зобов'язання за умови надходження вимоги про таке виконання¹.

Автори Концепції оновлення Цивільного кодексу України пропонують передбачити в главі 49 ЦК України незалежну гарантію, згідно з якою гарант зобов'язується сплатити бенефіціару визначену грошову суму відповідно до умов наданого гарантом зобов'язання незалежно від дійсності забезпечуваного такою гарантією зобов'язання. Зобов'язання гаранта перед бенефіціаром за цією гарантією не залежить у відносинах між ними не лише від основного зобов'язання, для забезпечення якого видана незалежна гарантія, але й від будь-яких інших зобов'язань, навіть за наявності в гарантії посилання на них. Незалежні гарантії можуть видавати не лише банки, інші кредитні організації, але й інші підприємницькі організації. На відміну від періоду підготовки і прийняття ЦК України 2003 року, коли зазначення на спеціальних суб'єктів-гарантів було обґрунтованим, тепер таке обмеження невиправдано звужує сферу використання цього забезпечувального інструменту².

Ще одним видом забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг може бути завдаток, яким є грошова сума або рухоме майно, що видається кредитором боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання (ч. 1 ст. 570 ЦК). Слід зазначити, що такий

¹ Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 260.

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртеК», 2020. С. 41–42. URL: <https://pravo.ua/wp-content/uploads/2021/01/Projekt-Koncepcii-ovovlennja-Civilnogo-kodeksu-Ukraini.pdf> (дата звернення: 15.08.2023).

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

законодавчий підхід є новим для вітчизняної правової системи, адже ні ЦК 1922 р., ні ЦК 1963 р. не допускали можливості визначення завдатку у формі рухомого майна, яке б могло передаватись боржником кредиторів у рахунок виконання ним зобов'язання.

Виходячи із загального правила, передбаченого ч. 1 ст. 570 ЦК України, а також відсутності будь-яких застережень з цього приводу в спеціальних правилах Гл. 63 ЦК, доходимо висновку, що суб'єкти договірних зобов'язань з надання послуг вправі передбачати передання завдатку не лише в грошовій формі, а й у формі рухомого майна. Наприклад, замовник за погодженням із виконавцем на знак оплати за договором про надання правових послуг та для підтвердження своїх намірів щодо належного виконання зобов'язання передає як завдаток не кошти, а, скажімо, офісну техніку, необхідну замовнику для облаштування робочого приміщення, тощо. Такого висновку доходимо, зважаючи на відображений у ч. 3 ст. 6 ЦК України підхід, за яким законодавець надає зазначеним суб'єктам право вибору можливості використання норм акта цивільного законодавства для регламентації відносин між собою або ж можливості на власний розсуд встановити для себе у договірному порядку інші правила поведінки.

Разом із тим, в юридичній літературі тривають дискусії щодо того, чи має бути укладеним договір на момент укладення правочину про завдаток¹. Звідси цікавим видається запитання щодо того, чи може забезпечуватись завдатком ще не укладений договір про надання послуг? У статтях 570–571 ЦК України відсутні будь-які вказівки на те, що завдатком може забезпечуватись лише існуюче зобов'язання. На думку І.О. Дзери, завдатком та іншими способами може забезпечуватись виконання вже існуючого основного зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом². На нашу думку, відповідь на це питання закладена законодавцем у ч. 1 ст. 570 ЦК, виходячи зі змісту якої можна дійти висновку про обов'язковість існування договору про надання послуг, в якому можуть передбачатися умови про встановлення завдатку або передбачення умови про укладення сторонами договору завдатку. Тобто завдаток як спосіб забезпечення спрямований на забезпечення виконання існуючого договору про на-

¹ Гриняк А.Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 262.

² Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 95.

дання послуг, а відповідна умова про завдаток може закріплюватись як в окремому договорі, спрямованому на забезпечення виконання основного договору, так і міститись у змісті вже існуючого договору про надання послуг.

Не менш дискусійним є й питання про можливість передання завдатку третьою особою, яка не бере участі в договірних зобов'язаннях з надання послуг або ж, скажімо, можливість передання завдатку такій третій особі. Виходячи з того, що завдаток опосередковує винятково відносини кредитора та боржника, а можливість передання завдатку третьою особою законодавчо не передбачена, вважаємо, що виконавець договору про надання послуг несе повну відповідальність за невиконання чи неналежне виконання умов договору про надання послуг незалежно від того, чи виконує він взяті зобов'язання особисто чи поклав їх на іншу особу. Тому й можливість сплати завдатку такій третій особі є недоцільною, хоча б тому, що вона не є учасником договірного правовідношення. Так, на практиці у більшості випадків виконавець та третя особа укладають окремий договір між собою, стороною якого замовник не виступає. Разом із тим, не слід виключати й можливість залучення такої третьої особи до основного договору на правах сторони (ч. 4 ст. 626, ч. 2 ст. 628 ЦК). У такому випадку, виходячи з положень ст. 6 ЦК України, сторони вправі погодити між собою умови про передання завдатку не виконавцю за договором, а такій третій особі, яка фактично надаватиме послуги.

Серед інших цивільно-правових способів забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг важливу роль відіграє застава. Застава є одним із класичних інститутів цивільного права, що зародився ще за часів Римської держави. Застава може забезпечувати будь-яке цивільно-правове зобов'язання. Тобто законодавець цілком слушно не встановлює виняткового переліку таких договірних зобов'язань.

Загалом в юридичній літературі зазначається, що основна мета застави полягає в стимулюванні до належного виконання зобов'язань, що, в свою чергу, сприяє стабільності становища учасників цивільного обороту¹. Більше того, перевага застосування застави як способу забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг полягає в тому, що цим способом забезпечується збереження заставленого майна на момент розрахунку боржника з кредитором; забезпечується

¹ Дякович М.М. Цивільно-правові аспекти забезпечення майнових інтересів заставодержателя: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2003. С. 15.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

ся можливість кредитора-заставодержателя задовольнити свої вимоги переважно перед іншими кредиторами; кредитор має змогу відшкодувати всі збитки, які виникли з вини боржника; перехід права власності на предмет застави до третьої особи не припиняє заставних зобов'язань.

У ЦК України визначено окремі види застав, які забезпечують зобов'язання з надання послуг (ст. 575 ЦК України). Це іпотека і заклад. Як у законодавстві, так і правовій літературі відсутнє чітке розмежування застави на види. Так, класифікація застави на види сприяє глибшому з'ясуванню їхньої природи і змісту, виявленню спільних ознак, вдосконаленню законодавства і порядку застосування. Наприклад, застава відповідно до Закону України «Про заставу» може виникати на основі закону або договору¹. Загалом в юридичній літературі піддано сумніву доцільність поділу в Законі України «Про заставу» застави за підставами виникнення на договірну і законну, оскільки для виникнення так званої «застави в силу закону» необхідна наявність певного юридичного факту, передбаченого законом². Так, ч. 1 ст. 163 Кодексу торговельного мореплавства України встановлено, що при прийомі вантажу одержувач зобов'язаний відшкодувати витрати, здійснені перевізником за рахунок вантажу, внести плату за простій судна в порту вивантаження, а також сплатити фрахт і плату за простій у порту завантаження, якщо це передбачено коносаментом або іншим документом, на основі якого перевозився вантаж, а в разі загальної аварії – сплатити аварійний внесок або надати належне забезпечення. Для забезпечення перелічених вимог перевізник має право застави на вантаж, що перевозиться³. Тобто підставою виникнення застави є передбачений законом юридичний факт у вигляді укладення договору морського перевезення вантажу.

Іншим прикладом виникнення застави в договірних зобов'язаннях з надання послуг на підставі закону є ст. 164 Кодексу торговельного мореплавства України, за якою перевізник має право застави на ван-

¹ Закон України «Про заставу» від 02.10.1992 № 2654-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 47. Ст. 642. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-12#Text> (дата звернення: 15.08.2023).

² Дякович М.М. Цивільно-правові аспекти забезпечення майнових інтересів заставодержателя: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2003. С. 44.

³ Кодекс торговельного мореплавства від 23.05.1995. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 47–52. Ст. 349. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-вр#Text> (дата звернення: 15.08.2023).

таж, що перевозиться. З сум, виручених від реалізації вантажів, вимоги перевізника задовольняються у випадку, передбаченому ч. 1 ст. 163 Кодексу торговельного мореплавства, після оплати судових витрат і витрат, пов'язаних зі зберіганням та реалізацією вантажів. Якщо суми, вирученої від реалізації вантажу, недостатньо для задоволення претензій перевізника, останній може вимагати від відправника або фрахтувальника суми, якої бракує¹. Крім того, в договірних зобов'язаннях з перевезення поряд із заставою може застосовуватися і такий вид забезпечення, як притримання. Зокрема перевізник може не видавати вантаж до повного розрахунку з ним. Право притримання вантажу перевізник зберігає і у разі здачі його на склад, який не належить одержувачу, за умови повідомлення власника складу про таке право. Після видачі вантажу одержувачеві перевізник втрачає право вимоги від відправника або фрахтувальника платежів, не внесених одержувачем, за винятком випадку, коли перевізник не зміг здійснити право притримання вантажу із незалежних від нього причин.

Тобто, як убачається, диференціація застави на таку, що виникає за договором і за підставами, передбаченими законом, все ж не позбавлена логіки та цілком може використовуватись як критерій її поділу на види.

Цивільне законодавство України містить не тільки загальні норми про заставу, а й водночас поділяє заставу за відповідними критеріями на два види: заставу, що залишається у володінні і користуванні заставодавця (іпотека); заставу рухомого майна, яка здійснюється шляхом передачі його заставодержателю або за його наказом – у володіння третій особі (заклад) (ст. 575 ЦК України). Така класифікація дає певне уявлення про предмет застави, наприклад, коли йдеться про заставу нерухомості (іпотеку), рухомого майна (заклад) чи цінних паперів.

Застава з передачею заставного майна заставодержателю (заклад) стосується рухомого майна. Застава рухомого майна може бути зареєстрована за заявою заставодержателя або заставодавця в Державному реєстрі застав рухомого майна. Зазначимо, що у разі відсутності у договорі опису предмета закладу чи за умов, якщо чинний опис не дає змогу ідентифікувати такий предмет, договір може бути визнано неукладеним.

¹ Кодекс торговельного мореплавства від 23.05.1995. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 47–52. Ст. 349. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-вр#Text> (дата звернення: 15.08.2023).

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

За загальним правилом, визначеним у ст. 590 ЦК України, звернення стягнення на предмет застави здійснюється за рішенням суду, якщо інше не встановлено договором або законом. Щодо рухомого майна, яке є предметом застави, ст. 24 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» передбачає можливість звернення стягнення або на підставі рішення суду, або в позасудовому порядку.

Значний інтерес становить правова регламентація позасудового звернення стягнення на предмет забезпечувального рухомого майна. В рахунок виконання основного зобов'язання, якщо боржник порушив умови договору про надання послуг, відбувається: а) передача рухомого майна, що є предметом закладу, у власність заставодержателя; б) продаж заставодержателем предмета закладу шляхом укладення договору купівлі-продажу; в) уступка заставодержателю права задоволення вимоги, якщо предметом забезпечення є право грошової вимоги; г) переказ заставодержателю відповідної грошової суми, у тому числі в порядку договірної списання, якщо предмет закладу гроші або цінні папери¹.

Особливість застави нерухомого майна (іпотеки) полягає в тому, що її предметом виступає нерухоме майно, яке залишається у володінні і користуванні іпотекодавця. Тобто іпотекою, як і заставою взагалі, може бути забезпечене виконання будь-якого зобов'язання, в тому числі і зобов'язань з надання послуг.

ЦК України (ч. 3 ст. 591) передбачає право заставодержателя залишити за собою предмет застави, але сам порядок залишення застави за заставодержателем не врегульовано, не визначено й момент виникнення права власності заставодержателя. Цю прогалину доцільно усунути шляхом внесення таких правил у зазначену статтю. Доцільно розглянути питання щодо прийняття норми ЦК України, спрямованої на захист прав третіх осіб, які є добросовісними набувачами заставленого майна (не знали і не могли знати, що майно перебуває в заставі). Якщо добросовісність буде доведена, то в цьому випадку заставу необхідно вважати припиненою, а заставодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання, забезпеченого заставою, або заміни предмета застави. Окремим питанням є приведення у відповідність до ЦК України всіх чинних законодавчих актів, які регулюють відносини щодо застави².

¹ Мальцев Д.О. Застава як спосіб забезпечення банківського кредиту за цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2005. С. 58.

² Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу: монографія / за заг. ред. Н.С. Кузнецової. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 594.

Дієвим способом забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг є право виконавця на притримання. Як зазначає з цього приводу О.С. Кізлова, складність і взаємозв'язок різних суспільних відносин, а також прагнення виробити доцільніші прийоми правового регулювання (поява яких викликана реальною практикою), обов'язково призводять до появи нетипових інститутів, до яких можна віднести право притримання¹.

Правова природа притримання спрямована забезпечувати виконання договірних зобов'язань з надання послуг. Наприклад, перевізник, виходячи зі змісту ч. 4 ст. 916 ЦК України, вправі притримувати переданий йому для перевезення вантаж для забезпечення внесення провізної плати та інших платежів. Іншим прикладом забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг шляхом притримання речі може слугувати ст. 1019 ЦК України, в якій за комісіонером закріплено право притримати майно комітента, що знаходиться у нього, до виконання останнім обов'язків за договором для забезпечення своїх вимог. Щоправда, притримання за договором комісії має відмінності від загальних правил, про які йдеться у ст. 594 ЦК, оскільки законодавець у ч. 2 ст. 1019 ЦК передбачив особливості притримання вимог комісіонера у випадку оголошення комітента банкрутом. У цьому випадку право комісіонера на притримання припиняється та комісіонер вважається заставадержателем притриманої ним речі, втрачаючи при цьому пріоритет перед вимогами інших кредиторів, що також є заставаутримувачами комітента. Тобто кредиторами з правом притримання речі у договірних зобов'язаннях з надання послуг виступають виконавці відповідних послуг (зберігач за договором зберігання, перевізник за договором перевезення, комісіонер за договором комісії тощо)².

Особливість такого виду забезпечення виконання договірних зобов'язань з надання послуг полягає в тому, що виконавець (перевізник, комісіонер, оцінювач тощо) вправі притримувати річ замовника до виконання останнім взятих на себе договірних умов. Разом із тим, слід зазначити, що законодавчі положення про притримання (статті 594–597 ЦК) мають диспозитивний характер, оскільки сторони мо-

¹ Кізлова О.С. Застава в цивільному праві (питання теорії): монографія. Одеса: Фенікс, 2011. С. 133.

² Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 265.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

жуть передбачити в договорі про надання послуг таку умову, яка б виключала можливість застосування права притримання. Зважаючи на це, доцільно порекомендувати сторонам при укладенні договорів про надання послуг передбачати таку умову безпосередньо в договорі.

Стосовно правової природи притримання та місця в системі юридичних фактів слід наголосити на триваючих дискусіях з цього приводу. Не заглиблюючись детальніше у проблематику так званої «правочинної» природи права притримання, лише зазначимо, що переконливіше звучать аргументи тих дослідників, які розглядають дії щодо притримання як односторонні правочини, хоча б тому, що вчинення, наприклад, комісіонером дій щодо притримання речі комітента за невиконанням ним договірних умов все одно змінює саме правовідношення, оскільки комісіонер змушений задовольняти свої вимоги з вартості речі в обсязі та порядку, передбаченому для задоволення вимог, забезпечених заставою.

Відсутня однастайність в юридичній літературі і щодо належності притримання до заходів оперативного впливу чи видів забезпечення виконання зобов'язань. Так, стосовно права притримання у правовідносинах з надання послуг можна зазначити, що воно саме по собі не відновлює порушених прав, не усуває порушення, не припиняє його, а лише певним чином гарантує задоволення інтересів виконавця. Зважаючи на це, заслуговує на увагу висловлена в літературі теза, що при застосуванні права притримання виникає нове забезпечувальне правовідношення, яке повністю відповідає ознакам способів забезпечення виконання зобов'язань, що вказує на природу права притримання як одного із видів забезпечення виконання зобов'язань¹. Тобто право виконавця на притримання виступає видом забезпечення виконання зобов'язань, суб'єктами якого виступають виконавець, який притримує річ, і замовник, що затримує розрахунки з виконавцем.

Щодо питань, пов'язаних з ризиком випадкового знищення або пошкодження речі, а також можливості використання речі, що притримується, для задоволення потреб виконавця, то слід зазначити, що відповідно до ч. 4 ст. 594 ЦК ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження притриманої речі несе кредитор, якщо інше не встановлено законом. Тобто ризик випадкового знищення або по-

¹ Гриняк А.Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 269.

шкодження речі або ж іншого належного майна, що притримується, за загальним правилом несе виконавець, якщо не буде доведено, що втрата, псування або пошкодження сталися з вини замовника. Як убагацьється із наведеного, особливістю притримання є обов'язок кредитора, який притримує річ, належним чином її використовувати і зберігати. Схоже положення закріплене в ЦК Японії, за яким кредитор повинен володіти річчю, проявляючи турботу гарного керуючого. При цьому використання речі, передання її в оренду та надання її для забезпечення зобов'язання вимагає згоди боржника. Порушення зазначених правил дає боржникові право вимагати припинення права притримання¹.

Щодо питання про можливість використання речі, що притримується, для задоволення потреб виконавця слід зазначити, що виходячи із загальних положень про притримання, виконавець не має права використовувати таку річ, а у випадку користування такою річчю на нього покладається обов'язок щодо відшкодування замовнику спричинених цим збитків. Тобто будь-яке використання виконавцем цієї речі для задоволення власних потреб є неправомірним, оскільки за останнім закріплено лише право володіння такою річчю. Натомість за виконавцем закріплено право на отримання задоволення своєї вимоги з вартості речі за правилами, передбаченими ст. 591 ЦК України (задоволення вимог, забезпечених заставою).

Ще одним способом забезпечення виконання зобов'язань стало право довірчої власності.

Так, 20 вересня 2019 року було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких актів щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні», яким передбачено новий вид забезпечення виконання зобов'язань – довірча власність. Відповідні зміни були внесені й до Цивільного кодексу України шляхом доповнення глави 49 «Забезпечення виконання зобов'язання» параграфом 8 «Довірча власність».

У цілому варто відзначити, що інститут довірчої власності відомий вітчизняному цивільному праву фактично з часу прийняття у 2003 році ЦК України. Так, довірча власність була рецепційована у площину цивільно- правового регулювання з англосаксонської правової системи і закріплена як один із особливих різновидів права

¹ Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 266–267.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

власності, а також правова форма здійснення економічного управління об'єктом власності у певному, здебільшого чужому інтересі, на яку поширюються положення глави 70 «Управління майном» ЦК України. Між тим, слід зауважити, що введення у вітчизняну правову систему категорії довірчої власності неодноразово піддавалося критиці та зумовило жваві дискусії серед дослідників, які наполягали на поспішності та невинуватості запозичення традиційного для англосаксонської правової системи інституту трасту з огляду насамперед на значні відмінності у розумінні та сприйнятті концепції права власності, а також відсутності передумов, необхідних для забезпечення становлення і розвитку цього інституту в межах українського цивільного права. Посилило критику вітчизняних дослідників та практиків і закріплення у Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно і їх обтяжень» неоднозначного підходу до розуміння сутності права довірчої власності, з одного боку, як різновиду права власності (ч. 1 ст. 4 Закону), а з іншого боку – як речового права, похідного від права власності (ч. 2 ст. 4 Закону). Із законодавчим наділенням права довірчої власності ще однією не менш важливою функцією – функцією забезпечення виконання кредитних зобов'язань – наукові дискусії щодо доцільності імплементації цього інституту у вітчизняну правову систему набули нового розвитку. Разом із тим, багаторічна позитивна практика застосування низкою європейських держав (Німеччина, Франція, Молдова та ін.) механізму забезпечувальної довірчої власності свідчить про його ефективність та результативність у контексті захисту прав сторін боргових зобов'язань.

Детальніше розглянемо цей новий спосіб забезпечення виконання зобов'язань.

Використання довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань не дивує, навпаки є логічним та очікуваним, адже, як відомо, фідучіарна власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань використовувалася ще в римському праві. Власне кажучи, саме *fiducia cum creditore* була історично першою формою застави. За цим договором боржник передавав за допомогою манципації (або *in jure cessio*) у забезпечення боргу річ на праві власності з умовою, що в разі задоволення за зобов'язанням, забезпеченим заставою, закладена річ повинна бути повернута назад у власність боржника. На тому етапі зобов'язання фідучіарія повернути річ фідучіанту після

досягнення мети правочину мали винятково моральний характер і забезпечувалося лише сумлінністю кредитора. З часом фідучіарні угоди отримали свій захист завдяки діяльності преторів, у ході якої вироблено конкретні юридичні підстави й умови притягнення до відповідальності за порушення фідучіарних угод за допомогою особистого позову *actio fiduciae* для захисту фідучіарного відчужувача¹.

Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань сьогодні використовується в деяких європейських країнах (де має назву фідучія), наприклад, у Німеччині (де разом із тим інститут фідучії не отримав законодавчого закріплення й регулюється судовою практикою) та Франції (де фідучію врегульовано на законодавчому рівні: у 2007 році ЦК Франції доповнено нормами про фідучію). Фідучія як спосіб забезпечення виконання зобов'язань використовується також у Швейцарії та Люксембурзі².

У Німеччині досить широко використовується так звана фідучія-забезпечення, коли дебітор передає кредитору як забезпечення свою власність, яку кредитор зобов'язується повернути дебітору за умови повної виплати боргу. Цей спосіб забезпечення має назву *sicherungsuebereinigung* для майна й *sicherungsabtretung* для майнових прав, був свого часу розроблений у Німеччині судовою практикою з метою уникнення низки законодавчих обмежень, пов'язаних із використанням застави. За допомогою цієї правової конструкції позичальник передає кредитору право власності на рухому річ, що передається як забезпечення зобов'язання, для чого укладається угода про збереження речі у володінні позичальника та про встановлення опосередкованого володіння кредитора. Дозволивши опосередковане володіння на підставі довірчої угоди, правосуддя легалізувало забезпечення кредиту рухомістю без її передачі у володіння кредитора³.

¹ Некіт К.Г. Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за цивільним законодавством України: оцінювання ризиків. *Часопис цивілістики: науково-практичний журнал*. Вип. 35. Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 28–29. URL: <http://chasycyvil.onua.edu.ua/index.php/chc/issue/view/5/1> (дата звернення: 15.08.2023).

² Некіт К.Г. Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за цивільним законодавством України: оцінювання ризиків. *Часопис цивілістики: науково-практичний журнал*. Вип. 35. Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 29. URL: <http://chasycyvil.onua.edu.ua/index.php/chc/issue/view/5/1> (дата звернення: 15.08.2023).

³ Некіт К.Г. Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за цивільним законодавством України: оцінювання ризиків. *Часопис цивілістики: науково-практичний журнал*. Вип. 35. Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 29. URL: <http://chasycyvil.onua.edu.ua/index.php/chc/issue/view/5/1> (дата звернення: 15.08.2023).

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

У правову систему Франції фідучія впроваджена Законом «Про фідучію» від 19 лютого 2007 року № 2007–211, яким ЦК Франції доповнено окремим розділом, присвяченим фідучії. Згідно зі ст. 2011 ЦК Франції фідучія – це правочин, за допомогою якого один або кілька установників передають майно (наявне чи те, що буде придбано в майбутньому) або його частку фідучіарію (фідучіаріям), які відокремлюють його від власного майна для здійснення з обумовленою метою дій на користь одного або кількох бенефіціаріїв. Усі угоди, що здійснюються з переданим у довірчу власність майном, є предметом самостійного обліку у фідучіарія¹.

Отже, зарубіжна практика доволі успішно використовує довірчу власність для забезпечення виконання зобов'язань, тому не дивує звернення законодавця до такого способу забезпечення виконання зобов'язань. Однак запропонований підхід викликає багато питань².

Як правильно зазначає К.Г. Некіт, законодавець знову ухилився від надання визначення поняттю права довірчої власності.

У коментарях нововведень стосовно довірчої власності зустрічаються позиції, що довірча власність може бути способом забезпечення зобов'язань лише за кредитними зобов'язаннями, але аналіз позиції законодавця дає змогу дійти висновку, що незважаючи на назву ст. 597 з позначкою 1 ЦК України «Право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання за кредитним договором», такого роду забезпечення зобов'язань може використовуватися й у відносинах позики. Цей факт також викликає нерозуміння, очевидно, спочатку планувалося використовувати такий спосіб забезпечення виконання лише в кредитних зобов'язаннях, але згодом прийнято рішення поширити його й на випадки позики. Отже, довірча власність може бути способом забезпечення виконання зобов'язань, укладених і між фізичними особами. Однак очевидно, що тут варто враховувати положення ст. 1033 ЦК України, що довірчим управителем (відповід-

¹ Некіт К.Г. Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за цивільним законодавством України: оцінювання ризиків. *Часопис цивілістики: науково-практичний журнал*. Вип. 35. Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 29. URL: <http://chascyvil.onua.edu.ua/index.php/chc/issue/view/5/1> (дата звернення: 15.08.2023).

² Некіт К.Г. Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за цивільним законодавством України: оцінювання ризиків. *Часопис цивілістики: науково-практичний журнал*. Вип. 35. Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 29. URL: <http://chascyvil.onua.edu.ua/index.php/chc/issue/view/5/1> (дата звернення: 15.08.2023).

но і довірчим власником) має бути лише суб'єкт підприємницької діяльності¹.

Тобто, запропоновані нововведення щодо довірчої власності залишили більше питань, ніж дали відповідей.

Зважаючи на широке коло способів забезпечення виконання зобов'язань, що можуть застосовуватися у договорах про надання послуг, законодавець цілком слушно передбачив правило (ч. 2 ст. 546 ЦК), за яким договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язань. Так, в юридичній літературі, крім способів забезпечення виконання зобов'язань, що передбачені главою 49 ЦК України, та іншими нормативно-правовими актами, наголошують на існуванні інших способів виконання зобов'язань, які передбачені договором². Тобто будь-який спосіб забезпечення, передбачений сторонами в договорі про надання послуг, може збільшити ймовірність належного виконання договірних зобов'язань з надання послуг.

До так званих «непойменованих» способів забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг варто віднести страхування, договірне списання коштів, акредитиви тощо.

Одним з найбільш поширених «непойменованих» способів забезпечення виконання зобов'язань з надання послуг є страхування комерційного ризику. Основними законодавчими актами, які регулюють правовідносини зі страхування, є гл. 67 ЦК України, Закон України «Про страхування». Так, страхування комерційних ризиків, виходячи зі змісту Закону, – це договірне зобов'язання, за яким одна сторона має право отримати грошову суму при настанні у визначений строк страхового випадку та несе обов'язок виплатити страхові платежі, а інша сторона зобов'язана сплатити вказану в договорі суму.

Найбільш поширеним ризиком, з якими стикаються суб'єкти договірних зобов'язань з надання послуг, є ризики, пов'язані з втратою прибутку, а також з втратою чи пошкодженням майна. Тому одним з основних завдань при проведенні заходів щодо забезпечення виконання договорів про надання послуг є мінімізація втрат у їхній діяльності.

¹ Некіт К.Г. Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за цивільним законодавством України: оцінювання ризиків. *Часопис цивілістики: науково-практичний журнал*. Вип. 35. Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 31. URL: <http://chascyvil.opua.edu.ua/index.php/chc/issue/view/5/1> (дата звернення: 15.08.2023).

² Соколянський Д.В. Нові способи забезпечення виконання зобов'язань у цивільному законодавстві України. Актуальні проблеми політики. Одеса, 2006. С. 475–480.

3.2 Забезпечення стабільності цивільного обороту в сфері надання послуг

Цікавою в цьому питанні є практика окремих держав-членів ЄС. Так, страхування як вид забезпечення виконання договорів передбачено законодавством Португалії. Зокрема ст. 425 Закону про компанії Португалії дає визначення так званого «торгового страхування». До такого виду страхування належать всі страхування, за винятком взаємних, незалежно від свого предмета, коли вони поширюються на торгове підприємство або ж на продукти і товари, призначені для якої-небудь торгової угоди¹.

Таким чином, на підставі аналізу особливостей страхування комерційних ризиків можна дійти висновку про доцільність використання страхування для забезпечення виконання договорів про надання послуг. При цьому слід ураховувати деякі особливості такого способу забезпечення. Так, страхування як непомітований спосіб забезпечення має різновиди, при виборі яких необхідно зважати на особливості окремих видів договорів про надання послуг, а саме: банківські правочини можуть бути забезпечені страхуванням комерційних ризиків; договори на проведення оцінки майна та договори аудиту можуть бути забезпечені шляхом страхування ризику зміни цін на світовому ринку. Договори страхування можуть бути забезпечені страхуванням ризику підвищеної небезпеки при експлуатації джерела підвищеної небезпеки тощо.

З урахуванням оновлення Цивільного кодексу України розробники Концепції вбачають за доцільне доповнити ЦК України таким новим способом забезпечення зобов'язання, як забезпечувальний платіж, згідно з яким грошове зобов'язання, в тому числі з відшкодування збитків або сплати неустойки за порушення договору, за угодою сторін можуть бути забезпечені шляхом внесення однією зі сторін на користь іншої сторони певної грошової суми (забезпечувальний платіж). Цим платежем може забезпечуватися також і майбутнє зобов'язання. На відміну від інших способів забезпечення цей забезпечувальний інструмент надає кредитору можливість відшкодувати збитки, отримати неустойку в разі настання передбачених договором обставин без звернення до суду².

Отже, можна дійти висновку про те, що сучасні тенденції розвитку законодавства про способи забезпечення виконання договорів

¹ Герасименко О.О. Забезпечення виконання господарських договорів з реалізації продукції: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Донецьк, 2004. С. 117.

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 42. URL: <https://pravo.ua/wp-content/uploads/2021/01/Projekt-Koncepcii-onovlennja-Civilnogo-kodeksu-Ukraini.pdf> (дата звернення: 15.08.2023).

про надання послуг передбачають значне розширення переліку таких способів, якими може скористатися кредитор з метою встановлення додаткових гарантій, спрямованих на забезпечення належного виконання договірних умов та задоволення своїх інтересів. Тому в договорах про надання послуг вбачається можливість щодо застосування способів забезпечення виконання зобов'язань не тільки тих, що передбачені ч. 1 ст. 546 ЦК України, а й інших, які прямо випливають із договорів або ж із закону.

3.3 Функціонування системи недержавного пенсійного забезпечення: європейський досвід та перспективи для України

Досягнення пенсійного віку завжди супроводжується зниженням працездатності особи, що обумовлено фізіологічними змінами в її організмі, адже суттєво знижується й трудова активність, особа стає менш затребуваною на ринку праці, тому може припинити свою трудову діяльність та піти на пенсію. Досить часто пенсія це єдине джерело доходу, на яке може розраховувати пенсіонер. У той же час вихід на пенсію значно зменшує доходи особи, оскільки державне пенсійне забезпечення передбачає базовий рівень доходу та компенсує лише частину її заробітку (доходу). Тому майже у всіх країнах світу функціонують багаторівневі пенсійні системи, які гарантують населенню належний, комплексний захист у разі втрати працездатності, і Україна не є винятком.

У силу багатьох економічних, політичних, соціальних факторів, які мають вагомий вплив на розвиток України як демократичної, соціальної та правової держави, в тому числі й на розвиток та функціонування її пенсійної системи як складової вітчизняної системи соціального захисту населення, в Україні функціонують лише перший і третій рівні системи пенсійного забезпечення, а запровадження другого рівня не відбулося й дотепер. Очевидно, що відсутність другого рівня пенсійної системи суттєво збільшує навантаження на перший рівень, а отже на бюджетні ресурси Пенсійного фонду України, тому важливо оптимізувати витрати усіх рівнів вітчизняної пенсійної системи шляхом запровадження другого рівня для формування

обов'язкових особистих пенсійних накопичень, але у зв'язку з повномасштабним вторгненням російської федерації та воєнними діями на території України це зробити вкрай важко і практично неможливо, тому запровадження накопичувальної системи пенсійного страхування попередньо прогнозується лише після завершення війни¹.

Утім, як зазначають І. Приймак та Б. Вишивана, за умови відсутності накопичувального обов'язкового державного пенсійного страхування саме недержавне пенсійне забезпечення дає змогу кожному громадянину заощадити кошти на безбідну старість. Однак доводиться констатувати, що через складну економічну ситуацію у країні, низький рівень доходів працюючого населення, недовіру до фінансових установ недержавне пенсійне забезпечення ще не стало поширеним механізмом формування пенсійних заощаджень². Крім того, на думку Н. Зеленко та В. Зеленко, найважливішою проблемою, що гальмує розвиток системи недержавного пенсійного забезпечення, є несприйняття її як альтернативи державній системі. Останніми роками замість комплексного розвитку всієї пенсійної системи йде одностороннє нарощування ресурсів бюджету Пенсійного фонду України – системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування (і це називається пенсійною реформою). При цьому ресурсів із року в рік не вистачає³. А ось В. Фещук вважає, що причинами повільного розвитку недержавного пенсійного забезпечення в Україні є: низький рівень доходності пенсійних активів; законодавча неврегульованість окремих питань діяльності ринку недержавного пенсійного забезпечення; низький рівень довіри населення до недержавного пенсійного забезпечення, банківської системи та інших фінансових установ; недостатня заінтересованість роботодавців у фінансуванні недержавних пенсійних програм для працівників; низький фінансовий рівень спроможності громадян для участі у системі недержавного пенсійного забезпечення; обмежений вибір фінансових інструментів, придат-

¹ Михайлова І.Ю. Проблеми реформування пенсійної системи України в умовах євроінтеграції. *Розвиток громадянського суспільства як необхідна складова європейської інтеграції України*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Київ, 6 жовтня 2022 р.). Київ: Київський регіональний центр НАПрН України, 2022. С.218–221.

² Приймак І., Вишивана Б. Недержавне пенсійне забезпечення в системі соціального захисту населення. *Світ фінансів*. 2019. № 3 (60). С. 127–128.

³ Зеленко Н.М., Зеленко В.А. Аналіз ринку недержавного пенсійного страхування в Україні: соціально-економічний вимір. *Менеджмент та підприємництво в Україні: етапи становлення та проблеми розвитку*. 2019. Вип. 2. С. 126.

них для інвестування в них пенсійних коштів унаслідок відставання розвитку ринку капіталу від потреб інституційних інвесторів; низький рівень роз'яснювальної роботи щодо змісту та ролі системи накопичувального пенсійного забезпечення в суспільстві та недостатність її бюджетного фінансування¹. Втім, як зазначають Ж. Довгань, І. Кравчук, саме пенсійні інституції, які акумулюють грошові ресурси населення і трансформують їх в інвестиції, є однією з важливих складових фінансової системи. У зіставленні з іншими фінансовими установами пенсійні інституції мають особливе соціальне значення, зважаючи на зобов'язання реалізовувати пенсійне забезпечення учасників пенсійних планів при настанні встановленого віку².

Варто констатувати, що на сьогодні пенсійне забезпечення із солідарної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування не забезпечує належного матеріального рівня українських пенсіонерів. Так, відповідно до частини першої статті 28 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 року № 1058-IV³ мінімальний розмір пенсії за віком за наявності у чоловіків 35 років, а у жінок 30 років страхового стажу встановлюється в розмірі прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, визначеного законом. У той же час частиною третьою цієї ж статті закріплено, що за наявності страхового стажу меншої тривалості, ніж передбачено абзацом першим частини першої цієї статті, мінімальний розмір пенсії за віком встановлюється у розмірі, пропорційному до наявного страхового стажу, виходячи з прожиткового мінімуму, встановленого для осіб, які втратили працездатність, визначеного законом.

Аналіз зазначених положень дозволяє дійти висновку, що розмір пенсії безпосередньо залежить від розміру прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність. Таким чином, формування, встановлення та затвердження розміру прожиткового мінімуму як базового державного соціального стандарту, від якого залежить визначення розміру пенсії, має важливе значення, оскільки безпосередньо впливає на матеріальне забезпечення пенсіонерів.

¹ Фещук В.В. Правове регулювання та організація пенсійного страхування в Україні : дис. ...канд. юрид. наук. Київ, 2010. С. 144.

² Довгань Ж.М., Кравчук І.С. Сучасні тренди розвитку приватних пенсійних інституцій в Європейському Союзі. *Економічний аналіз*. 2017. Том 27. С. 125.

³ Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 09.07.2003 № 1058-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 49–51. Ст. 356.

Очевидно, що законодавчо встановлений розмір прожиткового мінімуму не забезпечує можливість достойного рівня життя пенсіонерів. Так, відповідно до статті 7 Закону України «Про Державний бюджет України на 2023 рік» від 3 листопада 2022 року № 2710-IX¹ прожитковий мінімум для осіб, які втратили працездатність, становить лише 2093 грн.

Варто зауважити, що статтею 5 Закону України «Про прожитковий мінімум» від 15 липня 1999 року № 966-XIV² передбачені вимоги щодо моніторингу прожиткового мінімуму. Зокрема, для спостереження за динамікою рівня життя в Україні на основі статистичних даних про рівень споживчих цін центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сферах трудових відносин, соціального захисту населення, розраховує щомісяця фактичний розмір прожиткового мінімуму на одну особу, а також окремо для тих, хто відноситься до основних соціальних і демографічних груп населення. Розрахунки щомісячного фактичного розміру прожиткового мінімуму на одну особу, а також окремо для тих, хто відноситься до основних соціальних і демографічних груп населення, оприлюднюються до 20 числа наступного місяця центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сферах трудових відносин, соціального захисту населення, на його офіційному вебсайті у мережі Інтернет, а також публікуються в офіційних виданнях загальнодержавної сфери розповсюдження. Дані про фактичний розмір прожиткового мінімуму на одну особу, а також окремо для тих, хто відноситься до основних соціальних і демографічних груп населення, разом із відповідними розрахунками щомісяця надаються Президентові України, Верховній Раді України, сторонам соціального діалогу на національному рівні – всеукраїнським об'єднанням професійних спілок, всеукраїнським об'єднанням організацій роботодавців та Кабінету Міністрів України.

Однак на офіційному вебсайті у мережі Інтернет Міністерства соціальної політики України опубліковано інформацію щодо фактичного розміру прожиткового мінімуму лише у 2015–2022 роках³. Звер-

¹ Про Державний бюджет України на 2023 рік: Закон України від 3.11.2022 № 2710-IX. *Офіційний вісник України*. 2022. № 94. С. 7. Ст. 5847.

² Про прожитковий мінімум: Закон України від 15.07.1999 № 966-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 38. Ст. 34.

³ Фактичний розмір прожиткового мінімуму у 2015–2022 роках. URL: <https://www.msp.gov.ua/news/12286.html> (дата звернення: 28.06.2023).

таємо увагу, що за 2022 рік опублікована інформація лише за січень, інформація за інші місяці 2022 та 2023 років – відсутня. Так, прожитковий мінімум у розрахунку на січень 2022 року для осіб, які втратили працездатність, становив 3962 грн, у той час як відповідно до статті 7 Закону України «Про Державний бюджет України на 2022 рік» від 02 грудня 2021 року № 1928-IX¹ законодавчо закріплено 1934 грн, що у 2 рази або на 2028 грн менше, ніж фактичний розмір прожиткового мінімуму на одну непрацездатну особу.

Отже, можемо дійти висновку, що вимоги статті 5 Закону України «Про прожитковий мінімум» не виконуються, що не дозволяє бачити динаміку та реальний рівень життя в Україні. Крім того, зменшення законодавчо закріпленого прожиткового мінімуму в 2 рази від фактичного, очевидно не сприяє реальному задоволенню фізіологічних, побутових та соціальних потреб пенсіонерів і підтримку їхнього достатнього рівня життя.

За даними Пенсійного фонду України, станом на 1 липня 2023 року загальна чисельність пенсіонерів становить 10 552 336 осіб, а середній розмір пенсійної виплати – 5311,44 грн. З 10 552 336 осіб: 0,6%, тобто 63 674 особи отримують пенсію в розмірі до 2000 грн, середній розмір 1227,80 грн; 29,5%, тобто 3 107 388 осіб отримують пенсію в розмірі від 2001 до 3000 грн, середній розмір 2619,19 грн; 21,3%, тобто 2 243 433 особи отримують пенсію в розмірі від 3001 до 4000 грн, середній розмір 3547,24 грн; 15,0%, тобто 1 585 453 особи отримують пенсію в розмірі від 4001 до 5000 грн, середній розмір 4406,61 грн; 23,2%, тобто 2 452 277 осіб отримують пенсію в розмірі від 5001 до 10000 грн, середній розмір 6833,81 грн; 10,4%, тобто 1 100 111 осіб отримують пенсію в розмірі понад 10000 грн, середній розмір 14 660,48 грн².

З огляду на викладене можемо констатувати, що в частини пенсіонерів розмір пенсії нижчий, ніж законодавчо встановлений розмір прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, значна частина пенсіонерів (приблизно 1/3 від загальної чисельності) отримує пенсію орієнтовно на рівні такого прожиткового мінімуму, що беззаперечно дозволяє дійти висновку, що солідарна система

¹ Про Державний бюджет України на 2022 рік: Закон України від 02.12.2021 № 1928-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2022. № 3. Ст. 12.

² Середній розмір призначеної пенсійної виплати та питома вага пенсіонерів за розмірами призначених місячних пенсій у загальній їх чисельності станом на 01.07.2023. URL: <https://www.pfu.gov.ua/2159343-dani-pro-serednij-rozmiar-pensiyi-stantom-na-01-07-2023/> (дата звернення: 16.08.2023).

загальнообов'язкого пенсійного страхування на сьогодні не може забезпечити належний рівень пенсійних виплат. Більше того, навіть пенсія в розмірі, наприклад, від 3001 до 4000 грн чи від 4001 до 5000 грн не є достатньою для нормального, безбідного життя осіб пенсійного віку в умовах сьогодення. Тому добровільна участь у системі недержавного пенсійного забезпечення може сприяти покращенню рівня матеріального забезпечення пенсіонерів. Як стверджують М. Ріппа та Я. Шимко, прагнення досягти рівня європейських стандартів якості життя спонукає до підвищення значущості саме системи недержавного пенсійного забезпечення. Така система є однією з альтернативних форм розвитку соціального захисту населення країни, оскільки вона сприяє як формуванню додаткового пенсійного захисту, так і здатності задоволення інвестиційних потреб реального сектору економіки¹.

На думку Г. Татаренко, саме запровадження недержавного пенсійного забезпечення дозволило впровадити ринкові засади до системи пенсіонування, а також розширити коло суб'єктів діяльності з пенсійного забезпечення шляхом залучення приватноправового елементу: недержавних пенсійних фондів, банківських установ, страхових організацій тощо. Вчена вважає, що безумовною перевагою розповсюдження ринкових відносин на пенсійну сферу є наявність конкурентоспроможності на ринку пенсійних послуг у недержавному секторі, що сприяє підвищенню їхнього якісного рівня. На сучасному етапі пенсійні відносини розглядаються не тільки як відносини щодо здійснення пенсійних виплат, а як складний цілісний комплекс відносин з накопичення, примноження і здійснення пенсійних виплат. Пенсійні відносини поєднують у собі елементи публічних і приватноправових відносин, що мають договірний характер².

Отже, на відміну від солідарної системи пенсійного страхування, де особа в загальнообов'язковому порядку підлягає державному соціальному страхуванню, сплачує (сплачувала) та/або за яку сплачується чи сплачувався у встановленому законом порядку єдиний внесок та має право винятково на один вид пенсії, що виплачується тільки за рахунок коштів Пенсійного фонду України, формування пенсійних накопичень у системі недержавного пенсійного забезпечення можливе одночасно в кількох недержавних пенсійних фондах, банківських

¹ Ріппа М.Б., Шимко Я.Р. Економічна природа недержавних пенсійних фондів. *Економічний вісник університету*. 2019. Вип. 41. С. 164.

² Татаренко Г.В. Договірне регулювання пенсійного забезпечення в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Луганськ, 2009. С. 179.

установах, страхових організаціях, що в подальшому дозволяє отримувати додаткові пенсійні виплати з кількох фінансових установ.

Здійснюючи право на пенсійне забезпечення в системі недержавного пенсійного забезпечення, особа сама обирає форму, в якій це право буде реалізоване: шляхом укладання пенсійного контракту; договору страхування додаткової пенсії; укладання договору про відкриття пенсійного депозитного рахунку. Всі ці договори є багатосторонніми вольовими юридичними актами, спрямованими на формування правовідносин у сфері пенсійного забезпечення за участю різних суб'єктів¹. Умови цих договорів є обов'язковими для сторін, якщо не суперечать чинному законодавству, оскільки як договором, укладеним між сторонами, так і положеннями пенсійного законодавства передбачений чіткий порядок, умови та підстави здійснення пенсійних виплат. Крім того, такі договори є довгостроковими, оскільки процес формування пенсійних накопичень є тривалим. Утім у судовій практиці зустрічаються справи, коли незважаючи на чітко визначені умови в договорі та законодавчі приписи, фізична особа хоче достроково забрати накопичені кошти без поважних причин. Наприклад, постановою Верховного Суду 10 вересня 2018 року у справі № 752/3690/16-ц касаційна скарга Позивача була залишена без задоволення, оскільки відповідно до умов договору банківського вкладу (відкриття пенсійного депозитного рахунку для накопичення пенсійних заощаджень у системі недержавного пенсійного забезпечення) банк зобов'язаний виплатити пенсійні заощадження лише після *настання підстав для їх отримання відповідно до умов цього договору*. Зокрема, учасник має право отримати пенсійні заощадження з дня досягнення *пенсійного віку* відповідно до діючого законодавства України, що регулює загальнообов'язкове державне пенсійне страхування. Частиною першою статті 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» (у редакції чинній на момент виникнення спірних правовідносин) особи мають право на призначення пенсії за віком після досягнення віку 60 років та наявності страхового стажу не менше 15 років. Таким чином, оскільки 60 років вкладником не було досягнуто банк правомірно відмовив у виплаті пенсійного банківського вкладу². Отже укладення пенсійного договору не лише

¹ Татаренко Г.В. Договірне регулювання пенсійного забезпечення в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Луганськ, 2009. С. 179.

² Постанова Верховного Суду від 10.09.2018 у справі № 752/3690/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76859857> (дата звернення: 01.07.2023).

3.3 Функціонування системи недержавного пенсійного забезпечення...

обумовлює можливість особи здійснити право на пенсійне забезпечення, а також закріплює волю сторін щодо визначення обсягу взаємних прав та обов'язків сторін, яких необхідно дотримуватись.

Як зауважували вище, суб'єктами здійснення недержавного пенсійного забезпечення, крім недержавних пенсійних фондів, є банківські установи та страхові організації, однак основними суб'єктами є саме недержавні пенсійні фонди. Не дивлячись на те, що недержавні пенсійні фонди у 2022 році зіштовхнулись з великими викликами: інфляція в Україні – 26.6%; девальвація гривні до американського долара – 34%, зростання облікової ставки НБУ у 2,5 рази: з 10% до 25%; припинення роботи тисяч українських підприємств; на додаток, провідний індекс S&P 500 втратив 19,4%, а NASDAQ – 33,1%, вони продовжують функціонувати¹. Станом на 30 червня 2023 року на офіційному вебсайті Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку в Реєстрі недержавних пенсійних фондів налічується 63 недержавних пенсійних фондів². Отже, як зазначається на офіційному вебсайті Міністерства фінансів України, незважаючи на руйнівну силу таких негативних факторів, як зростання інфляції та облікової ставки, припинення роботи українських підприємств та знецінення їх боргових зобов'язань, виїзд працівників із зони бойових дій та за межі України, блекаути та обмеження доступу до інфраструктури, індустрія недержавного пенсійного забезпечення продемонструвала спроможність роботи навіть за таких несприятливих умов. За підсумками року активи системи недержавного пенсійного забезпечення зросли на 263,2 млн. (6,8%) до 4,14 млрд. грн. 34 недержавних пенсійних фонди досягли показників позитивної доходності, а 23 продемонстрували негативну; 8 фондів перевищили середньорічний показник доходності за 12 місячними депозитами (9,75%), але жоден не перевищив інфляцію³.

Формування пенсійних накопичень у недержавних пенсійних фондах можливе не лише безпосередньо самими учасниками фонду, але й роботодавцем учасника; професійною спілкою, об'єднанням професійних спілок щодо своїх членів, а також особами, які вияви-

¹ Недержавні пенсійні фонди: хто пропонує найбільшу доходність під час війни. URL: <https://minfin.com.ua/ua/2023/03/24/102840278/> (дата звернення: 30.06.2023).

² Реєстр недержавних пенсійних фондів. URL: <https://www.nssmc.gov.ua/reiestr-nederzhavnykh-pensiinykh-fondiv/#page-2>. (дата звернення: 16.08.2023).

³ Недержавні пенсійні фонди: хто пропонує найбільшу доходність під час війни. URL: <https://minfin.com.ua/ua/2023/03/24/102840278> (дата звернення: 16.08.2023).

ли бажання сплачувати внески на користь учасника фонду, зокрема, це можуть члени сім'ї або близькі родичі, перелік яких визначений Законом України «Про недержавне пенсійне забезпечення»¹. Отже, враховуючи суб'єктний склад правовідносин у сфері недержавного пенсійного забезпечення, законодавець поділяє недержавні пенсійні фонди на відкриті, корпоративні та професійні.

Відкриті недержавні пенсійні фонди є найбільш розповсюдженими, оскільки їхніми учасниками можуть бути будь-які фізичні особи незалежно від місця та характеру їхньої роботи. На відміну від відкритих, учасниками корпоративних недержавних пенсійних фондів можуть бути винятково фізичні особи, які перебувають (перебували) у трудових відносинах з роботодавцями-засновниками та роботодавцями-платниками цього фонду. Участь у корпоративних недержавних фондах може бути передбаченою в колективних договорах, які регулюють трудові відносини між роботодавцем та працівником, що в подальшому дозволяє забезпечити належне заміщення попереднього заробітку пенсією. Стосовно ж професійних пенсійних фондів, то їхніми учасниками можуть бути винятково фізичні особи, пов'язані за родом професійної діяльності (занять), визначеної у статуті фонду. Засновником (засновниками) таких фондів можуть бути об'єднання юридичних осіб-роботодавців, об'єднання фізичних осіб, включаючи професійні спілки (об'єднання професійних спілок), або фізичні особи, пов'язані за родом їх професійної діяльності (занять)².

Отже, вид недержавного пенсійного фонду має важливе значення при визначенні особливостей функціонування фонду, тому відповідно до частини четвертої статті 6 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» пенсійним фондам забороняється змінювати їх вид та найменування, зазначені у статуті пенсійного фонду, після включення до Державного реєстру фінансових установ Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку. Крім того, згідно з частиною сьомою статті 8 цього ж Закону юридична особа може бути одночасно засновником не більше як одного корпоративного чи одного професійного пенсійних фондів і засновником одного або більше відкритих пенсійних фондів.

¹ Про недержавне пенсійне забезпечення: Закон України від 9.07.2003 № 1057-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 47–48. Ст. 372.

² Про недержавне пенсійне забезпечення: Закон України від 9.07.2003 № 1057-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 47–48. Ст. 372.

Утім незалежно від виду фонду їхня діяльність спрямована на покращення матеріального становища потенційного пенсіонера. До основних функцій недержавних пенсійних фондів можна віднести накопичувальну, інвестиційну та конкурентну. Накопичувальна функція реалізується шляхом залучення коштів громадян та збереження їх протягом тривалого часу. Інвестиційна характеризує процес залучення пенсійних вкладень та подальше їх розміщення в довгострокові проекти. Конкурентна функція реалізується через вибір споживачем більш якісних послуг з пенсійного забезпечення¹.

Отже недержавні пенсійні фонди здійснюють свою діяльність винятковно накопичуючи пенсійні внески учасників фонду і здійснюючи управління цими активами. Вони мають значні обсяги коштів у своєму розпорядженні і можуть вкладати їх у нерухомість, цінні папери, такі як акції, облігації тощо. Здійснюючи інвестиції, пенсійні фонди не отримують прибуток, а збільшують розміри вкладень своїх учасників². Тобто для недержавних пенсійних фондів властиво формувати портфель, до якого входять об'єкти інвестування з мінімальним ступенем ризику. Тому особливого значення набуває вибір інвестиційних інструментів, використовуючи які недержавні пенсійні фонди зможуть забезпечити захист грошових коштів населення від інфляційних процесів і при цьому отримувати визначений приріст капіталу³. Основною метою діяльності недержавних пенсійних фондів є примноження пенсійних активів шляхом їхнього інвестування та отримання учасниками недержавного пенсійного забезпечення додаткових до загальнообов'язкового державного пенсійного страхування пенсійних виплат разом із забезпеченням доходності пенсійних активів вище рівня інфляції та залучення довгострокових інвестиційних ресурсів, необхідних для модернізації економіки⁴.

¹ Мацук З. Недержавні пенсійні фонди: прагматика та проблематика діяльності в Україні. *Вісник економіки*. 2021. № 3. С. 44.

² Фатенок-Ткачук А., Мельник Д. Стан середовища облікового забезпечення пенсійного страхування. *Economic Analysis*. Volume 32. No. 2. 2022. P. 199.

³ Лельюк Н.Є., Четова Н.Ф. Сутність і сучасний стан недержавних пенсійних фондів. *Обліково-аналітичне забезпечення системи фінансово-економічної безпеки: інформаційно-комунікаційні технології та антикорупційний менеджмент: матеріали VIII міжнар. наук.-практ. інтернет-конф. для здобувачів вищ. освіти і молодих науковців, Харків, 07 листопада 2019 р.* / Харків: нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О.М. Бекетова, Харків: міськрада, ін-т конкурент. розвідки (Германія) та ін. Харків: ХНУМГ ім. О.М. Бекетова, 2019. С. 125.

⁴ Інформація про стан і розвиток недержавного пенсійного забезпечення України за період з 30.09.2021 по 30.09.2022. URL: https://www.nssmc.gov.ua/wp-content/uploads/2023/02/npf_3_kv-2022.pdf (дата звернення: 16.08.2023).

У цьому аспекті важливою гарантією недержавного пенсійного забезпечення є те, що за будь-яких обставин кошти учасників-вкладників «захищені», адже згідно з частиною дванадцятою статті 6 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» пенсійний фонд не може бути проголошений банкрутом та ліквідований за законодавством про банкрутство. Відтак згідно з частиною першою статті 18 протягом 3-х місяців кожен його учасник повинен визначитись, до якого недержавного пенсійного фонду, банку, страхової організації будуть передані накопичені ним кошти шляхом подачі заяви до ліквідаційної комісії¹.

Так, В. Зубченко зазначає, що учасник недержавного пенсійного фонду зможе примножити суму вкладених коштів у кілька разів та гарантовано отримає накопичені ним кошти, оскільки недержавний пенсійний фонд не може бути визнаний банкрутом. Недержавний пенсійний фонд зобов'язаний безкоштовно раз на рік інформувати всіх учасників фонду про стан їхніх пенсійних рахунків. Крім того, учасник фонду має право у будь-який час контролювати свої пенсійні накопичення. Недержавний пенсійний фонд зобов'язаний регулярно подавати звітність в усі контролюючі органи і забезпечувати її подальшу публікацію в засобах масової інформації. Ця звітність дозволяє забезпечити прозорість діяльності та проконтролювати рух пенсійних накопичень з моменту надходження пенсійних внесків до завершення строку виплати².

Отже, ключовою ознакою недержавного пенсійного забезпечення є добровільність участі в цій системі, що дозволяє особі самостійно вирішувати чи ставати її учасником чи ні. Сутність недержавного пенсіонування полягає у забезпеченні особі, яка хоче стати учасником цієї системи, варіативності вибору суб'єкта (суб'єктів), який (які) здійснюватимуть недержавне пенсійне забезпечення, та можливості довгострокового накопичення коштів, що надходитимуть на пенсійні рахунки вкладників у вигляді внесків та/або відрахувань роботодавців, а також отриманні доходу від інвестицій пенсійних активів, захищаючи кошти від інфляційних ризиків. Таким чином, сума, яку

¹ Про недержавне пенсійне забезпечення: Закон України від 9.07.2003 № 1057-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 47–48. Ст. 372.

² Зубченко В.В. Недержавне пенсійне забезпечення України: фінансово-правовий аспект. *The 2th International scientific and practical conference «Modern education using the latest technologies»* (January 17–20, 2023) Lisbon, Portugal. International Science Group. 2023. P. 80.

отримає особа після виходу на пенсію, залежить не лише від суми, яку вона сплатила самостійно чи за неї сплатив, наприклад, її роботодавець, але й від ефективності інвестицій та рівня платежів, які сплачені. При цьому, на відміну від загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, в системі недержавного пенсійного забезпечення пропонуються гнучкі умови пенсіонування, зокрема особа самостійно обирає пенсійну схему, визначає пенсійний вік, розмір пенсійного внеску; періодичність та строки сплати внесків тощо.

Найкращим заходом для популяризації в Україні сфери недержавного пенсійного забезпечення може бути інформаційно-роз'яснювальна кампанія про засади формування та результати діяльності такої системи протягом усього періоду її функціонування, а також щодо ризиків та переваг недержавного пенсійного забезпечення за допомогою соціальної реклами на загальнодержавному рівні.

Очевидно, що в Європі значно більше, ніж в Україні, розвинене добровільне пенсійне забезпечення. Пенсіонери в приватному порядку використовують послуги банків та інвестиційних організацій для того, щоб подбати про власну старість.

Так, у Польщі є два основних способи приватного накопичення пенсійних коштів: індивідуальний рахунок пенсійного забезпечення (IKZE – Indywidualne Konto Zabezpieczenia Emerytalnego) та індивідуальний пенсійний рахунок (IKE – Indywidualne Konto Emerytalne). На кожний тип рахунків приватного пенсійного страхування в Польщі є ліміт річного внеску, який визначає щорічно держава. Наприклад, у 2023 році це: 20 805 злотих для IKE та 8 322 злотих для IKZE (для самозайнятих осіб – 12 483 злотих). Однак крім ліміту внесків протягом календарного року, у цих типів накопичення є й інші відмінності. Виплата коштів з IKE можлива лише з 60 років та у разі дотримання двох умов, а саме поповнення рахунку мінімум 5 років та внесення понад 50% коштів мінімум за 5 років до першої виплати. Натомість з IKZE можна отримати кошти лише у 65 років за умови поповнення рахунку мінімум 5 календарних років. Крім того, у разі дотримання усіх вище перелічених умов під час зняття коштів з рахунку IKE не потрібно сплачувати жодних податків, у свою чергу IKZE оподатковується єдиною ставкою 10% від усієї суми. Також IKE дає змогу передчасно зняти певну суму коштів, заплативши при цьому податок на прибуток у розмірі 19%, натомість IKZE дозволяє передчасно зняти лише всю суму накопичень відразу, сплативши ПДФО не з прибут-

ку, як у випадку з ІКЕ, а з усієї суми (поповнення + прибуток) у розмірі 17%, 19% чи 32%. Інакше кажучи, в ІКЗЕ вигідніше інвестувати, якщо особа не планує їх забирати передчасно. Одночасно можна мати по одному рахунку ІКЕ та ІКЗЕ¹.

В Ісландії додаткові пенсійні накопичення – це схема заощаджень, відповідно до якої наймані працівники можуть зберегти частину своєї заробітної плати, депонуючи її на спеціальний рахунок. Виплата додаткової пенсії може розпочатися у віці 60 років або пізніше, і вона виплачується рівними частинами до 67 років або пізніше, якщо особа цього забажає. Як правило, остаточна виплата додаткової пенсії здійснюється не раніше 67 років, хоча право отримання платежу може бути отримано раніше, якщо платіж нижче певної порогової суми. Якщо власник рахунку має додатковий пенсійний ощадний депозит після досягнення 67 років, особа може прийняти рішення про виплату частини, що залишилася, рівними частинами або одноразово. Додаткові заощадження можуть бути виплачені після 60 років через інвалідність та будуть виплачені спадкоємцям після смерті². В той же час особи, які вперше купують житло, можуть використати додаткові пенсійні заощадження, щоб заощадити на початковий внесок, здійснити платежі за іпотечним кредитом або одночасно здійснити виплати за іпотечним кредитом і зменшити суму іпотечного кредиту. Максимальна річна сума для кожного становить 500 000 ісландських крон. Додаткові пенсійні заощадження можуть бути використані для купівлі першої квартири протягом безперервного 10-річного періоду³. Такий досвід Ісландії щодо купівлі нерухомості за іпотечним кредитом також може бути корисним для України.

У Данії добровільні професійні пенсійні плани фактично є обов'язковими, враховуючи колективні договори між соціальними партнерами. У середньому ставка внеску становить 15% доходу, з яких 2/3 вносить роботодавець. Переважна більшість цих схем (понад 90%) є схемами з фіксованим вкладом⁴. Беззаперечно, що

¹ Приватне пенсійне страхування в Польщі. URL: <https://www.ukrainianinpoland.pl/uk/private-pension-insurance-in-poland-uk/> (дата звернення: 18.08.2023).

² Social Security and Pensions. URL: <https://www.government.is/topics/social-security-and-pensions/> (дата звернення: 18.08.2023).

³ Iceland pension concerns. Additional pension savings URL: <https://www.lifeyrismal.is/en/qa/additional-pension-savings> (дата звернення: 18.08.2023).

⁴ Pension funds online. URL: <https://www.pensionfundsonline.co.uk/content/country-profiles/denma> (дата звернення: 18.08.2023).

і в Україні участь роботодавців під час накопичення пенсійних коштів через корпоративні пенсійні фонди є мотиваційною складовою трудової діяльності працівника, а також ефективно впливає на управління персоналом роботодавцем, адже створює додаткові умови соціальної захищеності працівників, що сприяє зацікавленості останніх більш відповідально та якісно виконувати свою роботу. В цьому аспекті варто погодитись з Т. Кулініч, І. Жайворонок, які зазначають, що в системі недержавного пенсійного забезпечення основними поставачальниками коштів пенсійних резервів для недержавних пенсійних фондів є саме підприємства. Однак на сьогодні більшість підприємств не впроваджують соціальні програми, які включають додаткове пенсійне забезпечення співробітників, через відсутність належної конкуренції на ринку праці. Необхідним є стимулювання корпоративних програм через податкові пільги, податкові відрахування, введення цільових програм пенсійного забезпечення з державною підтримкою окремих категорій громадян тощо¹.

У 2022 році за рейтингом Глобального пенсійного індексу Інституту Mercer CFA, який щороку порівнює пенсійні системи в 44 країнах, які представляють країни, де мешкає 65% населення світу, до трійки найкращих пенсійних систем увійшли Ісландія (1 місце), а також Данія (3 місце). У цьому рейтингу пенсійним системам присуджують бали залежно від трьох найбільших критеріїв – самодостатності системи (40% від загальної оцінки), стійкості (35%) та нормативної бази (25%)².

У Чехії додаткові та добровільні індивідуальні накопичення здійснюються через недержавні пенсійні фонди, однак з державною підтримкою, тобто держава надає підтримку дотаціями (розмір залежить від особистого внеску особи)³. Зокрема, учасник має право на отримання державного внеску, якщо його щомісячний платіж за схемою становить щонайменше 300 чеських крон. Розмір державного внеску залежить від суми щомісячного внеску учасника, максимальний державний внесок у 230 чеських крон на місяць досягається, якщо щомісячний платіж учасника становить щонайменше 1000 чеських крон. Такі внески фінансуються за рахунок державного бюджету. Крім того,

¹ Кулініч Т.В., Жайворонок І.Р. Тенденції розвитку недержавних пенсійних фондів в Україні. *Економіка та держава*. 2020. № 12. С. 76.

² Private Pension Plans. URL: <https://www.islandsbanki.is/en/landing/savings/pension-savings> (дата звернення: 18.08.2023).

³ Пенсійна система та розмір пенсії в Чехії. URL: <https://migrant.biz.ua/chexiya/zhittya-cz/pensiia-v-chekhii.html> (дата звернення: 18.08.2023).

роботодавці можуть підтримувати своїх працівників додатковими внесками до фонду найманих працівників на добровільних засадах¹. У Хорватії також учасники добровільного пенсійного забезпечення мають право на державні стимулювальні кошти. Це державне заохочення дорівнює 15% від загального внеску, сплаченого протягом календарного року до максимального внеску 5000 кун (максимум 750 кун на рік на учасника фонду)². Такий підхід може бути цікавим і для України, адже не дивлячись на те, що чисельність учасників недержавного пенсійного забезпечення поступово збільшується, однак, як вже зазначали, це відбувається надто повільно, тому, на нашу думку, варто вживати заходів для подальшого розвитку системи недержавного пенсійного забезпечення, оскільки існує проблема, яка пов'язана з відсутністю інтересу та довіри населення до участі в цій системі, що пов'язано з фінансовими можливостями українців та багатьма іншими соціально-економічними факторами.

Варто зауважити, що прагнення України вступити до Європейського Союзу постійно супроводжується намірами змінити та удосконалити національне законодавство для приведення його до європейських норм та стандартів, у тому числі в галузі пенсійного забезпечення, що в подальшому повинно сприяти підвищенню рівня матеріального добробуту пенсіонерів, оскільки відповідно до статті 133 Угоди про асоціацію сторони визнають важливість наближення чинного законодавства України до законодавства Європейського Союзу³. Положеннями статті 419 Угоди про асоціацію визначено, що Сторони посилюють діалог та співробітництво, зокрема щодо забезпечення гідної праці, політики зайнятості, безпечних та здорових умов праці, *соціального захисту, соціального залучення та недискримінації*.

Очевидним є факт, що Європейський Союз володіє високорозвинутою системою соціального захисту і вступ до Європейського Союзу значно розширить можливості соціального захисту українського населення, адже не дивлячись на те, що кожна країна, яка входить до складу Європейського Союзу одноосібно відповідає за організа-

¹ Accrued-to-date pension entitlements in social insurance: fact sheet. Czech Republic. February 2023. URL: https://ec.europa.eu/eurostat/documents/7158500/12335606/CZ_T2900_factsheet.pdf/bb5f356b-0894-1e24-42cd-db408cf310f2?t=1612348297319 (дата звернення: 18.08.2023).

² Bojana Olgic Drazenovic Voluntary pension funds in Croatia: investment performance and incentives DIEM. 1. 2021. URL: <https://hreak.srce.hr/file/380993> (дата звернення: 30.06.2023).

³ Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (дата звернення: 18.08.2023).

цію комплексних інтегральних суспільно-економічних заходів для соціального захисту населення в межах своїх кордонів, Європейський Союз прагне забезпечити, щоб люди, які перетинають кордони країн Союзу, продовжували отримувати адекватну підтримку. Адекватність пенсій вимірюється їхньою здатністю запобігати бідності у зв'язку з досягненням пенсійного віку через втрату заробітку, який особа отримувала під час трудової діяльності, а також через матеріальну та соціальну депривацію серед жінок і чоловіків пенсійного віку.

Таким чином, законодавство Європейського Союзу надає транскордонний захист соціальних прав та захищає пенсійні права людей, які переїжджають між країнами Європейського Союзу. Зростаючі виклики в Європейському Союзі, пов'язані з демографічними змінами та низькими процентними ставками, привели до консенсусу серед держав-членів Європейського Союзу щодо того, що національні державні пенсійні схеми потребують підтримки. Так званий «пенсійний розрив» означає різницю між пенсійним доходом, необхідним для належного рівня життя під час виходу на пенсію, та фактичним/очікуваним пенсійним доходом, встановленим законом. Оскільки цей розрив може бути значним, він ілюструє недостатнє та недофінансоване (індивідуальне) планування виходу на пенсію. Таким чином, навіть незважаючи на сильний перший рівень (або професійні) пенсії в деяких країнах, як, наприклад, у Німеччині, персональні пенсійні продукти третього рівня (Personal Pension Product – PPP) є і будуть надалі ставати все більш важливими. Однак підходи до податкових пільг або інших стимулів, які можуть стимулювати участь у цих PPP, різні в державах-членах, і їх гармонізація виглядає малоімовірною¹. Отже для покращення системи соціального захисту Європейського Союзу була створена добровільна персональна пенсійна схема, яка доповнює існуючі державні та професійні пенсійні системи, а також національні приватні пенсійні схеми – Загальноєвропейський особистий пенсійний продукт (Pan-European Personal Pension Product – PEPP).

Загальноєвропейський пенсійний продукт – це єдиний європейський пенсійний продукт, який контролює національна влада та Європейський орган зі страхування і професійних пенсій (European Insurance and Occupational Pensions Authority – EIOPA), призначений

¹ Maximilian Bär The pan-European Personal Pension Product: key characteristics and main challenges. URL: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12297-022-00535-2> (дата звернення: 18.08.2023).

для забезпечення доходу поряд з державною пенсією та національними додатковими стовпами¹.

Ця система додаткового пенсійного забезпечення розпочала діяти лише 22 березня 2022 року та регулюється чинним Регламентом (ЄС) 2019/1238 Європейського парламенту та Ради від 20 червня 2019 року про загальноєвропейський особистий пенсійний продукт (РЕПП)². Регламент визначає основні положення функціонування, а саме інвестиційні правила, прозорість, витрати та типи інвестиційних варіантів. Система працюватиме щось на зразок приватних інвестиційних фондів. До системи входитимуть акредитовані Європейським Союзом суб'єкти пенсійного забезпечення (банки, інвестиційні компанії, страхові компанії тощо). Діятиме система для всіх європейців незалежно від національної належності осіб поважного віку та їх територіального розташування³. Тобто ця система дозволить прокласти шлях до нової добровільної загальноєвропейської схеми для людей, щоб накопичити на пенсію, і широке коло фінансових установ по всьому Європейському Союзу зможуть запропонувати її⁴.

Отже, оскільки багато європейців покладаються на державні пенсійні системи, які останнім часом перебувають під пильною увагою через старіння населення та зниження народжуваності по всій Європі, Європейський Союз виявив необхідність змін і створив РЕПП. Найпростішим способом було б створити пенсійну структуру, яка була б універсальною для всіх країн-членів Європейського Союзу, забезпечувала однакові ліміти внесків та варіанти виведення коштів і була доступна всіма мовами. Крім того, враховуючи різницю між державними пенсійними системами Європейського Союзу, РЕПП може надати не лише спосіб доповнити майбутні державні пенсійні права та виплати, а й дати явну надію на спрощення та стандартизацію пенсійних прав у Європейському Союзі. РЕПП встановлює єдині

¹ Pan-European Personal Pension Product. URL: <https://www.europeanpension.eu> (дата звернення: 18.08.2023).

² Regulation (EU) 2019/1238 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on a pan-European Personal Pension Product (PEPP). URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/1238> (дата звернення: 28.06.2023).

³ Комітет Верховної Ради України з питань соціальної політики та захисту прав ветеранів. URL: https://komspir.rada.gov.ua/news/main_news/75905.html (дата звернення: 18.08.2023).

⁴ Personal pensions: The pan-European personal pension product («PEPP») applies as of today. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1941 (дата звернення: 18.08.2023).

3.4 Практика Суду ЄС та Верховного Суду щодо особливостей протидії...

правила щодо створення, порядку реєстрації та нагляду за системою загальноєвропейського персонального пенсійного страхування. Вона має доповнювати існуючі національні пенсійні системи у країнах Європейського Союзу. Метою формування такої системи є створення основ єдиного європейського приватного ринку пенсій. Загальноєвропейська система персонального пенсійного страхування включає в себе нову добровільну схему накопичення коштів на випадок виходу на пенсію, що стає все більш поширеною в Європі. Цей продукт зможе принести вигоду тим, хто самостійно заощаджує, працюючи на території Європи, шляхом додаткового страхування до існуючих національних продуктів з пенсійного страхування¹.

Таким чином, оскільки Україна протягом тривалого часу прагне стати повноправним членом Європейського Союзу, їй необхідно запозичувати досвід країн-членів Європейського Союзу в сфері добровільного пенсіонування, а також наближувати чинне законодавство України до законодавства Європейського Союзу.

3.4 Практика Суду ЄС та Верховного Суду щодо особливостей протидії податковому шахрайству та підтвердження реальності операцій платників податків

На сьогодні перед Україною як державою, що уклала з ЄС Угоду про асоціацію², а також отримала статус кандидата на членство в ЄС, стоїть завдання наближення національного законодавства до права ЄС. Саме тому детальне вивчення практичного досвіду ЄС у сфері оподаткування набуває не тільки теоретичного, а й суто практичного значення, особливо з урахуванням практики Суду ЄС у частині протидії податковому шахрайству. Угода про асоціацію сприяє наближенню України до європейського політичного, економічного та пра-

¹ Висновок Комітету з питань інтеграції України до Європейського Союзу щодо проекту Закону про накопичувальне пенсійне забезпечення (реєстр. № 9212 від 17.04.2023). URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1885406> (дата звернення: 18.08.2023).

² Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 30 листопада 2015 року № 984_011. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення 20.08.23).

вового простору. Так, відповідно до статті 351 Угоди про асоціацію Сторони також посилюють і зміцнюють співробітництво, спрямоване на вдосконалення і розвиток податкової системи та податкових органів України, зокрема посилення потужностей збору і контролю, з окремим наголосом на процедурах відшкодування ПДВ для уникнення накопичення заборгованості, забезпечення ефективного збору податків і посилення боротьби з податковим шахрайством, а також ухиленням від сплати податків. Сторони намагаються покращувати співробітництво та обмін досвідом у боротьбі з податковим шахрайством, зокрема з «карусельним шахрайством».

Тому особливого значення набуває питання імплементації Україною директив та регламентів ЄС у сфері оподаткування в частині протидії ухиленню від сплати податків, боротьби з податковим шахрайством.

В умовах сьогодення ухилення від сплати податків є актуальним питанням для України, оскільки вітчизняна судова практика з цього питання є не надто сформованою, що зумовлює виникнення низки негативних соціально-економічних наслідків для функціонування держави та її бюджету в частині ненадходження до нього податкових платежів внаслідок неправомірних дій платників податків.

Окремим питанням ухилення від сплати податків в Україні приділялася увага у працях українських науковців, зокрема С. Юшко¹, Б. Орловського², М. Вітліна та Т. Шульги³, В. Нікітіна⁴, О. В'язовиченко⁵, С. Греци та Я. Греци⁶, М. Голютяк-Пенкальскої⁷ та інших.

¹ Юшко С.В. Податкові шахрайства підприємців у сфері нарахування та виплати доходів найманим працівникам. *Сучасні проблеми економіки і підприємництва*. 2018. № 22. С. 117–125.

² Орловський Б.М. Ухилення від сплати податків чи податкове шахрайство: питання правової ефективності. *Правова держава*. 2020. № 38. С. 130–137.

³ Вітліна М.О., Шульга Т.М. Міжнародні заходи протидії ухиленню від сплати податків. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 1. С. 178–180.

⁴ Нікітін В.В. До проблеми надання допомоги при міжнародному співробітництві щодо запобігання та протидії ухиленням від сплати податків. *Право і суспільство*. 2020. № 6–2. Частина 1. С. 114–120.

⁵ В'язовиченко О. Міжнародно-правові основи співробітництва компетентних органів під час розслідування ухиленнє від сплати податків транснаціонального характеру. *Jurnalul juridic national: teorie și practică*. 2017. № 6–1(28). Рр. 128–131.

⁶ Греца С.М., Греца Я.В. Координація зусиль світової спільноти для забезпечення виконання податкового обов'язку. *Електронне наукове фахове видання «Порівняльно-аналітичне право»*. 2020. № 3. С. 221–227.

⁷ Голютяк-Пенкальська М.В. Податкові шахрайства у сфері ПДВ і спроби боротьби з ними у країнах Європейського Союзу. *Науковий вісник Ужгородського Національного університету*. Серія: Право. 2016. Т. 1. Вип. 40. С. 140–144.

Серед зарубіжних учених, які досліджували особливості податкового шахрайства, можна виділити праці «To Punish or Not to Punish? The Impact of Tax Fraud Punishment on Observers' Tax Compliance» (Farrar J., King T.¹); «Action plan on sustainability of fight against tax fraud and tax evasion: EU countries comparison» (Ján Dobrovič, Rastislav Rajnoha, Iveta Voznakova, Petra Pártlová²); «Tax avoidance and Tax evasion in EU: trends and effects» (Emil Gheorghe Guiaș, Codruța Mihaela Hăineală³); «European compact against tax fraud–VAT solidarity and new dimension of effective and coherent tax data transfer» (Sarnowski, J., Selera, P.⁴); «Tax Fraud and Selective Law Enforcement» (Rita de la Feria⁵); «Tax fraud as the most severe form of tax evasion: Review of legislation and practice in Serbia» (Dimić Suzana⁶); «Tax evasion between legality and fraud» (Luigi Popescu⁷); «Tax Fraud Reduction Using Analytics in an East European Country» (Tomas Ruzgas, Laura Kižauskienė, Mantas Lukauskas, Egidijus Sinkevičius, Melita Frolovaitė, Jurgita Arnastauskaitė⁸); «Behind the criminal economy: using UK tax fraud investigations to understand money laundering myths and models» (Rian Matanky-Becker, Ella Cockbain⁹); «Tax

¹ Farrar, J., King, T. To Punish or Not to Punish? The Impact of Tax Fraud Punishment on Observers' Tax Compliance. *J Bus Ethics* 183, 289–311 (2023). URL: <https://doi.org/10.1007/s10551-022-05061-w> (дата звернення: 20.08.23).

² Ján Dobrovič, Rastislav Rajnoha, Iveta Voznakova, Petra Pártlová. Action plan on sustainability of fight against tax fraud and tax evasion: EU countries comparison. *Journal of international studies* (DEC2019). Vol. 12, no. 4. URL: https://login.research4life.org/tacsgr1doi_org/10.14254/2071-8330.2019/12-4/18 (дата звернення: 20.08.23).

³ Emil Gheorghe GUIAȘ, Codruța Mihaela Hăineală. Tax avoidance and Tax evasion in EU: trends and effects. *Annals of the university of oradea: economic science* (DEC2021). Vol. 30, No. 2 Pp. 229–238.

⁴ Sarnowski, J., Selera, P. European compact against tax fraud– VAT solidarity and new dimension of effective and coherent tax data transfer. *ERA Forum* 21, 81–93 (2020). URL: <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00603-z> (дата звернення: 20.08.23).

⁵ Rita de la Feria. Tax Fraud and Selective Law Enforcement. *Journal of law and society*, 06/2020, Volume 47, Issue 2. URL: https://login.research4life.org/tacsgr1doi_org/10.1111/jols.12221 (дата звернення: 20.08.23).

⁶ Dimić Suzana. Tax fraud as the most severe form of tax evasion: Review of legislation and practice in Serbia. *Zbornik radova pravnog fakulteta u nišu* (JAN2021). Vol. 60, No. 90 Pp. 77–95. URL: https://login.research4life.org/tacsgr1doi_org/10.5937/zrpfno-30968. (дата звернення: 20.08.23).

⁷ Luigi Popescu. Tax evasion between legality and fraud. *Analele universității constantin brâncuși din târgu jiu: seria economie* (AUG 2020). No. 4. Pp. 48–53.

⁸ Ruzgas T, Kižauskienė L, Lukauskas M, Sinkevičius E, Frolovaitė M, Arnastauskaitė J. Tax Fraud Reduction Using Analytics in an East European Country. *Axioms*. 2023; 12 (3):288. URL: <https://doi.org/10.3390/axioms12030288>. (дата звернення: 20.08.23).

⁹ Matanky-Becker, R., Cockbain, E. Behind the criminal economy: using UK tax fraud

evasion and financial fraud in the current digital context» (Ioana – Florina Coita, Laura – Camelia Filip, Eliza-Angelika Kicska¹).

Не зменшуючи вагомості наукових напрацювань учених, зауважи-мо, що окремі питання протидії ухиленню від сплати податків у на-шій державі залишаються недостатньо дослідженими, що зумовлює необхідність поглиблення та розширення дослідження в умовах роз-витку українського законодавства та його наближення до права ЄС. Зокрема, необхідним є аналіз міжнародно-правових зобов'язань, узятих Україною за Угодою про асоціацію з ЄС, а також відповіднос-ті норм українського законодавства положенням актів ЄС із питань протидії податковому шахрайству. Ґрунтовнішого вивчення потребує практика Верховного Суду та Суду ЄС щодо особливостей підтвер-дження реальності операцій платників податків та здійснення подат-кового шахрайства, а також тлумачення Судом ЄС положень окремих Директив ЄС, аналіз судової практики ЄС з метою більш якісного на-ближення українського законодавства до права ЄС у частині понятій-ного апарату та тлумачення установчих договорів ЄС, Хартії ЄС про основоположні права.

Ухилення від сплати податків («податкове шахрайство») та основні його види

Чинне законодавство України не містить визначення терміну «по-даткове шахрайство», визначаючи лише поняття «ухилення від спла-ти податків» та просто поняття «шахрайство». З практики, притаман-ної США та країнам ЄС, податкове шахрайство є навмисною спробою звільнення від виконання податкових зобов'язань, зміст якого полягає в тому, що особа, обвинувачена у злочині, добровільно чи навмисно вчинила дії, щоб уникнути сплати податків². Прикладом може слу-гувати навіть неподання податкової декларації або подання «неправ-дивої» декларації – документа, що містить завідомо неправдиві дані.

Контролюючі та органи влади, що відповідальні за дотриман-ня економічної безпеки держави, податкове шахрайство визначають як навмисне та суттєве подання неправдивих заяв або фальшивих до-

investigations to understand money laundering myths and models. *Crime Law Soc Change*. 77, 405–429 (2022). URL: <https://doi.org/10.1007/s10611-021-09997-4>. (дата звернення: 20.08.23).

¹ Coita I.– F., Filip L.– C., Kicska E.– A. Tax evasion and financial fraud in the current digital context. *Annals of the University of oradea: economic science* (JUL 2021). Vol. 30, No. 1. Pp. 187–194.

² Robert.J. Fedor. Understanding Tax Fraud: Types, Penalties and Real Life Examples. URL: <https://www.fedortax.com/en/understanding-tax-fraud> (дата звернення: 20.08.23).

кументів у зв'язку із заявою та/або декларацією. Щоб кваліфікувати таке правопорушення, посадові особи, слідчі, детективи шукатимуть будь-які ознаки шахрайства, не обмежуючись заниженням доходів, завищенням видатків, фальсифікацією документів, несплатою податків, використання підставних суб'єктів господарювання, контрагентів тощо.

Так, наприклад, детективи Бюро економічної безпеки України (далі – БЕБ) здійснюють досудове розслідування у кримінальному провадженні за ознаками ухилення від сплати податків службовими особами одного з найбільших дистриб'юторів тютюнових виробів в Україні в особливо великих розмірах. Слідством встановлено, що згадана компанія у 2020–2021 роках оформила документально продаж тютюнових виробів на адресу трьох підприємств із ознаками фіктивності. Загальна вартість реалізованих підакцизних товарів становить 1,17 млрд. грн. Насправді жодного продажу тютюнових виробів не здійснювалося. У подальшому згадані підприємства у податковій звітності документально відобразили реалізацію інших товарів – м'ясної продукції та палива. В результаті такої схеми керівник компанії умисно ухилився від сплати податку на прибуток та акцизного податку. Державний бюджет не отримав понад 270 млн. грн.¹

Інший приклад. Техніка була вилучена детективами БЕБ у групи осіб, які за сприяння службових осіб Закарпатської митниці Держмитслужби, завезли товари із порушенням митних правил через кордон України. Не задекларувавши товар, перевізник ухилився від сплати податку на додану вартість та мита, що призвело до фактичного ненадходження коштів до Державного бюджету України в особливо великих розмірах. Телефони, планшети та ноутбуки, що були незаконно ввезені в Україну на 112 млн. грн, арештовано².

У БЕБ зауважили, що особі, котра здійснила переміщення товарів на митну територію України, повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 212 КК Украї-

¹ Ухилення від сплати податків на суму 270 млн. грн. URL: https://sud.ua/uk/news/ukraine/259371-uklonenie-ot-uplaty-nalogov-na-summu-bolee-270-mln-grn-gendirektoru-tabachnoy-kompanii-soobscheno-odozrenii?fbclid=IwAR3BSjhPzJotNib8EycjBiLQSp88yR_aa_ejExlK0hAjb3OMKqzxwP1_vRo. (дата звернення: 20.08.23).

² БЕБ передало ЗСУ вилучені смартфони, планшети та ноутбуки URL: <https://sud.ua/uk/news/ukraine/259687-beb-peredalo-zsu-vilucheni-smartfoni-plansheti-ta-noutbuki-na-112-mln-grn?fbclid=IwAR2eewe9p4YaiwYDA6965LyQizhY3BhuuFAMAJZuVf-LB3tAezetvE-Yli8> (дата звернення: 20.08.23).

ни (умисне ухилення від сплати податку на додану вартість, мита, що призвело до фактичного ненадходження до держбюджету коштів в особливо великих розмірах, вчинене за попередньою змовою групою осіб)¹.

Також в окремих виданнях йдеться про шахрайство, яке здійснюється проти податкової служби держави шляхом ухилення від сплати податків та вчинення інших незаконних дій, зокрема таких, як приховування доходів та отримання податкових пільг. Податкове шахрайство, як правило, пов'язується з термінами «ухилення від сплати податків» та «уникнення оподаткування», і в окремих випадках спостерігається використання їх як тотожних понять, незважаючи на те, що в них різні значення.

На законодавчому рівні спроби закріпити зазначене поняття у законопроекті, що в подальшому став Законом України від 17.11.2021 № 1888-IX² про внесення змін до адміністративного та кримінального законодавства щодо запровадження діяльності Бюро економічної безпеки України, але у тексті останнього статтю 222–² «Шахрайство з ПДВ» прибрали.

Аналізуючи сутність податкового шахрайства і те, що вкладається в його зміст у правовій практиці країн ЄС та США, можемо використати, ґрунтуючись на нормах чинного податкового законодавства України, такі поняття, як «податкове правопорушення», закріплене у статті 109 Податкового кодексу України (далі – Кодекс), та «ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)», закріплене у статті 212 Кримінального кодексу України.

Слід розуміти, що останнє – це умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що входять до системи оподаткування, введених у встановленому законом порядку, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації незалежно від форми власності або особою, що займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи, чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана їх сплачувати, якщо ці діяння призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів

¹ Там само

² Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо запровадження діяльності Бюро економічної безпеки України та пов'язаного з цим удосконалення роботи деяких державних правоохоронних органів: Закон України від 17 листопада 2021 року № 1888-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1888-20#Text> (дата звернення: 20.08.2023).

коштів у значних розмірах. Податковим правопорушенням є проти-правне, винне (у випадках, прямо передбачених Податковим кодексом України (далі – ПК України)) діяння (дія чи бездіяльність) платника податку (в тому числі осіб, прирівняних до нього), контролюючих органів та/або їх посадових (службових) осіб, інших суб'єктів у випадках, прямо передбачених цим Кодексом.

Діяння вважаються вчиненими умисно, якщо існують доведені контролюючим органом обставини, які свідчать, що платник податків удавано, цілеспрямовано створив умови, які не можуть мати іншої мети, крім як невиконання або неналежне виконання вимог, установлених ПК України та іншим законодавством, контроль за до-триманням якого покладено на контролюючі органи (п. 109.1 ст. 109 ПК України¹).

Ураховуючи викладене, можна поділити спроби ухилення від сплати податків («податкового шахрайства») на такі основні види:

1. Штучне заниження оподаткованого прибутку, зловжи-вання збитками («скуповування» збиткових підприємств); оформ-лення торгових марок на нерезидентів або отримання позик від нерезидентів пов'язаних осіб, використання інститутів спільного інвестування (далі – ІСІ) тощо.

Наприклад, за своєю економічною сутністю ІСІ створювалися для залучення інвестиційних коштів, забезпечення і гарантування ефек-тивного їх вкладення у фінансовий оборот для підвищення добробуту населення, зокрема, у галузі будівництва для здешевлення об'єктів нерухомості.

Їхня діяльність нерідко спрямована на мінімізацію доходів за ін-шими господарськими операціями (відсотки за позиками, орендні (лізингові) платежі, роялті тощо), що призводить до заниження бази оподаткування з податку на прибуток (більше ніж на 45%) та дає змо-гу уникати за це відповідальності та залучення ІСІ до схем ухилення від оподаткування, які побудовані на виведенні прибутків від діяль-ності платників на такі інститути, що звільнені від оподаткування (наприклад, продаж новозбудованого житла через ІСІ).

Отримання платниками позик від нерезидентів-пов'язаних осіб (як правило, засновників, або підприємств, що входять до складу од-нієї групи) з терміном погашення через 3 або більше років і здійснен-

¹ Податковий кодекс України: Закон України від 02 грудня 2010 року № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#n5748> (дата звернення: 18.08.2023).

ня нарахування витрат у вигляді відсотків та від'ємних курсових різниць без фактичного погашення такої заборгованості і нарахованих відсотків.

Курсові різниці є розрахунковою величиною, тобто платник податку, маючи непогашену заборгованість в іноземній валюті, може на кожну дату балансу (у кожному звітному періоді) формувати значні суми витрат у вигляді курсових різниць по такій заборгованості, але фактично не мати цих витрат, оскільки відповідна сума заборгованості ще не погашена.

Приклад: заборгованість платника перед нерезидентом виникла при курсі 26 грн за USD. При курсі 40 грн за USD такий платник списав на витрати та відповідно зменшив об'єкт оподаткування податком на прибуток підприємств на 14 грн з кожного USD, який він заборгував нерезиденту. Відтак, доходів у вигляді позитивної курсової різниці на території України не виникає, оскільки кредитор є нерезидентом.

2. Зловживання з податками на заробітну плату (дохід) та з відповідними соціальними платежами.

Заниження чисельності робочої сили, стягнення податків із заробітної плати і несплата їх до бюджету або виплата працівникам у конверті – це лише деякі із схем або використання праці шляхом оформлення цивільно-правових договорів з платниками єдиного податку замість офіційного працевлаштування по трудовому договору або навпаки нерестрація платником податку-підприємцем при наявності підстав для цього.

Прикладом виявленого ухилення від сплати грошового зобов'язання з податку на доходи фізичних осіб може слугувати рішення Верховного Суду у складі колегії суддів судової палати з розгляду справ щодо податків, зборів та інших обов'язкових платежів від 23.05.2022 у справі № 810/3116/18¹.

Підставами для кваліфікації отриманого платником доходу як доходу від здійснення господарської (підприємницької) діяльності була реалізована платником діяльність з ознаками господарської з огляду на її систематичний характер упродовж 2013–2015 років, обсяги придбаного (збудованого шляхом фінансування будівництва) житла з метою подальшого продажу. Для застосування цих правил необхід-

¹ Постанова Верховного Суду від 23 травня 2022 року у справі № 810/3116/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104759436> (дата звернення: 18.08.2023).

на така умова, як отримання доходу фізичною особою – підприємцем, що презюмує реєстрацію особи підприємцем відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань»¹.

3. Зловживання відшкодуванням чи поверненням надміру сплачених коштів, визначенням бази, об'єкту та ставки податку, формуванням податкового кредиту.

Більшість платників податків усвідомлюють, що подаючи неправдиві відомості, заповнюючи податкову декларацію з податку на доходи фізичних осіб, прагнучи отримати податкову знижку чи декларацію з податку на додану вартість, формуючи «сумнівний» податковий кредит, фальсифікуючи відповідні дані, можуть стати учасниками (сторонами) не лише податкового правопорушення, а й кримінального. Участь осіб у шахрайстві з відшкодуванням, а іноді й у крадіжці особистих даних, щоб отримати незаконне відшкодування податку, також є сферою діяльності, де неправомірні відрахування, нереальні операції, неправомірні звільнення та витрати на господарську діяльність вступають у гру.

Так, практика розгляду справ судами, винесені рішення судами касаційної інстанції лише підтверджують наведене.

Наприклад, у справі № 120/3875/20-а від 22.06.2022 Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду² підтримав висновок судів попередніх інстанцій та позицію контролюючого органу про те, що відсутність у платника податку (покупця та його контрагента) необхідних умов для досягнення результатів відповідної підприємницької, економічної діяльності в силу фактичної відсутності управлінського або технічного персоналу, основних засобів, виробничих активів, складських приміщень, транспортних засобів може свідчити на користь неможливості поставити відповідний товар та фактичного нездійснення операцій за умови підтвердження таких обставин відповідними доказами. Як наслідок, недоведеність фактичного здійснення

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів судової палати з розгляду справ щодо податків, зборів та інших обов'язкових платежів від 23.05.2022 у справі № 810/3116/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104759436>. (дата звернення: 18.08.2023).

² Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду України від 22 червня 2022 року у справі № 120/3875/20-а. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104904229> (дата звернення: 18.08.2023).

господарської операції позбавляє первинні документи юридичної значущості для цілей формування податкової вигоди, а покупця – права на формування цієї податкової вигоди навіть за наявності правильно оформлених за зовнішніми ознаками та формою, але недостовірних та у зв'язку з цим юридично дефектних первинних документів, та, незважаючи на наявність у платника податку доказів сплати продавцеві вартості товарів/послуг, якщо рух коштів не забезпечений зв'язком з господарською діяльністю учасників цих операцій.

Крім того було зазначено, що платник податків при виборі контрагента та укладенні з ним договорів має діяти з належною обачністю, оскільки від цього залежить подальше фактичне виконання таких договорів, отримання прибутку та права на отримання певних преференцій, зокрема формування податкового кредиту з ПДВ.

Судами при дослідженні критеріїв відбору та інших обставин, якими платник податків-позивач керувався при виборі своїх контрагентів, було з'ясовано, що укладення договорів з контрагентами мало разовий характер, до цього часу жодних господарських відносин із вказаними особами позивач не мав, переговори та домовленості щодо укладання договорів поставки проводились у телефонному режимі, а примірники договорів направлялися засобами поштового зв'язку. Такі дії позивача, на думку судів, не можуть свідчити про його належну обачність у виборі відповідних контрагентів.

Відтак, колегія суддів погодилась з висновком судів попередніх інстанцій щодо цієї справи про те, що формальна наявність договорів, актів, податкових накладних та інших документів сама по собі не є достатнім та беззаперечним документальним підтвердженням фактичного виконання договірних відносин.

Первинні документи не можуть бути свідченням фактичного виконання операцій з поставки за наявності у справі обставин, які виключають можливість обміну такими послугами між суб'єктами господарювання.

Проаналізувавши надані позивачем первинні документи в їх сукупному взаємозв'язку, суди дійшли висновку, що такі не можуть свідчити про безумовне підтвердження реального здійснення спірних господарських операцій між контрагентами, щодо яких здійснювалась перевірка.

Можна дійти висновку про те, що за встановленими у цій справі обставинами позивачем не підтверджено реальності здійснення гос-

3.4 Практика Суду ЄС та Верховного Суду щодо особливостей протидії...

подарських операцій з поставки продукції за наслідками взаємовідносин із контрагентами, а тому є обґрунтованим висновок про відсутність у позивача права на отримання податкових вигод за формально задекларованими операціями, та відсутні підстави щодо визнання протиправними та скасування податкових повідомлень-рішень на загальну суму 11,24 млн. грн.

За подібних обставин Касаційним адміністративним судом у складі Верховного Суду було підтримано позицію контролюючих органів у справах № 420/982/20¹, № 440/1390/20², № 120/3875/20-а³.

Як відомо, поняття зловживання виражуванням ПДВ, випадки зловживання вирахуванням, коли платник податків укладає економічно необґрунтовану угоду, основною метою якої є отримання податкової вигоди, було визначено Судом ЄС у справі C-255/02 Halifax Plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise від 21.02.2006.

Суд ЄС у цій справі сформулював положення про зловживання ПДВ, зокрема, останнє відбудеться при виконанні двох необхідних умов:

- транзакція відповідає формальним умовам, викладеним у Директиві Ради 2006/112/ЄС від 28.11.2006 про спільну систему ПДВ і національному законодавстві, що надає податкову перевагу, котра суперечить цілям Шостої директиви по боротьбі з відмиванням коштів (6AMLД);

- основною метою угод є отримання податкової переваги, укладення угоди не містить економічного чи комерційного обґрунтування.

У рішенні від 09.12.2021 у справі C-154/20 Kemwater ProChemie s.r.o. v. Odvolací finanční ředitelství Суд ЄС наголосив, що у випадках (коли фактичний постачальник послуг не встановлений, а платник податку не надає докази про статус постачальника (оподаткованої особи) в праві на вирахування по вхідному ПДВ має бути відмовлено.

¹ Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 22 вересня 2021 року у справі № 420/982/20. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99834593> (дата звернення: 18.08.2023).

² Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 14 липня 2021 року у справі № 440/1390/20. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98367662> (дата звернення: 18.08.2023).

³ Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 20 липня 2021 року у справі № 120/3875/20-а. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98432813> (дата звернення: 18.08.2023).

У такому випадку податковий орган не повинен доказувати, що платник податків здійснив шахрайство з ПДВ, або що він знав, що угода, на яку він посилається для обґрунтування права на вирахування, пов'язана з таким шахрайством. Доказування покладається на платника податків.

Подібні підходи спостерігаємо і у роботі податкових органів Литви та рішеннях Верховного адміністративного суду останньої, що ґрунтується на практиці Суду ЄС.

Наприклад, у справі eA-131-575/2021 Верховним адміністративним судом Литви (LVAT) від 13.01.2021 платник необґрунтовано включив вирахування з ПДВ суми по рахунку – фактурі за реально неотримані консультаційні, науково-дослідницькі послуги, адже їх надання було не доведено. Аналогічні порушення були предметом справи LVAT eA-2552-968/2021 (рішення від 18.08.2021)¹.

4. При сплаті акцизів платники податків намагаються зменшити суму податкового зобов'язання до сплати, зокрема, «розділенням» об'єкта оподаткування. Так, у справі C 674/19 UAB «Skonis ir kvapas» v. Muitinės departamentas prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos від 16.09.2020 Суд ЄС досліджував питання про те, чи тютюн для люльки, такий як той, що розглядається в основному провадженні, повинен розглядатися в повному обсязі та незалежно від речовин, що містяться в ньому, крім тютюну, як курильний тютюн, слід зазначити, що як правильно зауважили Європейська комісія та португальський уряд Директива 2011/64 від 21.06.2011 про структуру та ставки акцизного збору на тютюнові вироби (кодифікована версія) розглядає всі продукти, що містяться в тютюні. Відповідно до статей 7–12 цієї директиви впливає, що сума акцизного збору на сигарети не визначається без урахування речовин і елементів, крім тютюну, які містяться в сигаретах і складаються з речовин, відмінних від тютюну, як курильний тютюн, не розрізняючи ці різні речовини та не передбачаючи оподаткування лише тютюну, що міститься в цих продуктах.

Подібним чином щодо виробленого тютюну, крім сигарет, згаданого в статтях 13 і 14 Директиви 2011/64, законодавець ЄС не передбачив жодних положень про звільнення ваги речовин, крім тютюну, від акцизного збору на ці вироби.

¹ InfoCuria Case-Law. URL: [https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?oqp=&for=&mat=or&lg=rec=fr&jge=&td=%3BALL&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=PREJ%252CPREJURG%252C&nat=or&cit=none%252C%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&avg](https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?oqp=&for=&mat=or&lg=rec=fr&jge=&td=%3BALL&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=PREJ%252CPREJURG%252C&nat=or&cit=none%252C%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&avg) (дата звернення: 18.08.2023).

Нарешті, усі речовини, що містяться в люльковому тютюні, нагріваються та куряться як компоненти єдиного продукту. Отже такий продукт повинен для цілей Директиви 2011/64 розглядатися в повному обсязі як курильний тютюн і як такий підлягати акцизному збору на тютюн.

Такий же підхід до оподаткування зустрічаємо і в рішенні Суду ЄС від 18.12.2008 у справі C-517/07 Afton Chemical Ltd v The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs щодо компонентів/присадок, які не використовуються як пальне, але домішуються до нього, відповідно виключення паливних добавок, таких як ті, що розглядаються в основному провадженні, зі сфери застосування першого речення першого підпункту статті 2(3) Директиви 92/81 та другого підпункту статті 2(3) Директиви 2003/96 призвело б до суперечливого, навіть абсурдного результату, згідно з яким ці присадки, які є мінеральними маслами чи енергетичними продуктами, не підлягали б вимогам щодо оподаткування, встановленим цими положеннями, тоді як не заперечується, що присадки до палива, які не є мінеральними маслами чи енергетичними продуктами, підпадають під цю вимогу відповідно до цих положень.

У зв'язку з цим необхідно також зазначити, як це зробили уряди Італії та Сполученого Королівства, що після додавання присадки до моторного палива вже неможливо без проведення детального хімічного аналізу зробити висновок про їх наявність у паливі. За таких обставин, паливні присадки не повинні оподатковуватись як моторне паливо, існував би ризик зловживань, оскільки перевірки були б, щонайменше, ускладнені, оскільки в кожному окремому випадку було б необхідно проаналізувати вміст суміші, щоб визначити співвідношення моторного палива та присадки, що міститься в цій суміші.

На цих підставах Суд (Третя палата) постановляє, що присадки до палива, такі як ті, що розглядаються в основному провадженні, які є «мінеральними маслами» у значенні статті 2(1) Директиви 92/81 або «енергетичні продукти» у значенні статті 2(1) Директиви 2003/96, але які не призначені для використання, не пропонуються для продажу або використовуються як моторне паливо, повинні бути підпорядковані режиму оподаткування, встановленому цими директивами.

5. Зловживання оподаткуванням. Платники податків, які уникають звітування в рамках ТЦ, КІК, СьСР, FATCA, можуть зіткнутися з податковою перевіркою і не лише в Україні, але й в подальшому

бути притягнутими до кримінальної відповідальності. З поширенням практики використання низькоподаткових юрисдикцій платники податків, громадяни зі значними статками можуть шукати більшої конфіденційності через офшорні податкові гавані. Часто існує тонка грань між зловживаючою податковою схемою та можливістю оподаткування, яку мимоволі використовує платник податків, який намагається законно використати офшорні податкові ресурси.

Для забезпечення прозорості державного контролю у такому ракурсі був поданий до Верховної Ради України проєкт Закону України про внесення змін до Податкового кодексу України щодо імплементації міжнародного стандарту автоматичного обміну інформацією про фінансові рахунки, реєстр. № 8131 від 17.10.2022, який на сьогодні підписаний Президентом як Закон України від 20 березня 2023 року № 2970–IX¹.

Останній розроблено з метою забезпечення впровадження Україною двох міжнародних стандартів у сфері прозорості: загального стандарту звітності та належної перевірки інформації про фінансові рахунки (Common Standard on Reporting and Due Diligence for Financial Account Information (CRS) та стандарту щодо обміну інформацією за запитом (EOIR). Common Standard on Reporting and Due Diligence for Financial Account Information (CRS) або Загальний стандарт звітності та належної перевірки інформації про фінансові рахунки (далі – Загальний стандарт звітності CRS) – це міжнародний стандарт, схвалений Радою Організації економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР) 15.07.2014, що вимагає від країн, які його імплементують, здійснювати збір інформації про фінансові рахунки у фінансових установ та щорічно обмінюватись такою інформацією з юрисдикціями – партнерами з обміну в автоматичному порядку².

Відповідно до Загального стандарту звітності CRS фінансові установи країни-учасниці зобов'язані здійснювати належну комплексну перевірку (due diligence) фінансових рахунків та серед власників рахунків, а у певних випадках і серед їх контролюючих осіб, виявляти

¹ Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо імплементації міжнародного стандарту автоматичного обміну інформацією про фінансові рахунки: Закон України від 20 березня 2023 року № 2970-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2970-20#Text> (дата звернення: 18.08.2023).

² Загальний стандарт звітності та належної перевірки інформації про фінансові рахунки CRS URL: www.teisekuros-zinios.lt/storage/court-practices/January2021/2021-01-30_09_tesmupraktika.docx (дата звернення: 18.08.2023).

осіб, які є податковими резидентами інших юрисдикцій – партнерів з обміну інформацією. Інформація про такі рахунки подається фінансовими установами до податкової адміністрації країни-учасниці. Зазначена податкова адміністрація надалі надсилає відомості про фінансові рахунки юрисдикціям, резидентами яких є власники та контролюючі особи власників фінансових рахунків.

Імплементация Загального стандарту звітності CRS координується Секретаріатом ОЕСР і станом на жовтень 2021 року понад 110 юрисдикцій є учасниками міжнародного багатостороннього автоматичного обміну інформацією про фінансові рахунки, включаючи усі держави-члени ЄС. У 2020 році було передано інформацію про понад 75 мільйонів фінансових рахунків стосовно активів вартістю близько 9 трильйонів євро¹.

Впровадження Загального стандарту звітності CRS включає:

- встановлення зобов'язання для фінансових установ щодо здійснення *due diligence* (належна комплексна перевірка) за правилами розділів II–VII Загального стандарту звітності CRS;
- застосування у національному законодавстві термінології, передбаченої Загальним стандартом звітності CRS, та використання коментарів до Загального стандарту звітності CRS під час його тлумачення фінансовими установами та контролюючими органами;
- створення ефективної системи контролю за дотриманням фінансовими установами вимог щодо встановлення підзвітних рахунків та подання звітності за такими рахунками відповідно до розділу IX Загального стандарту звітності CRS.

Обмін інформацією на підставі Багатосторонньої угоди CRS стане можливим винятково після ухвалення Україною законодавства, необхідного для імплементации стандарту, що і є метою цього проекту Закону.

Отримання податковими органами доступу до інформації про іноземні фінансові активи резидентів України є важливим інструментом для контролю за своєчасністю та повнотою декларування доходів, що підлягають оподаткуванню, виявлення незадекларованих доходів та для боротьби з ухиленням від сплати податків фізичними особами. Зокрема, забезпечення регулярного міжнародного обміну інформацією про фінансові рахунки сприятиме підвищенню ефективності засто-

¹ Звіт Глобального форуму з питань прозорості та обміну інформацією для податкових цілей: URL: <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/global-forum-annual-report-2021.pdf> (дата звернення: 18.08.2023).

сування нових правил про оподаткування контрольованих іноземних компаній, які набрали чинності з 01.01.2022, а також стане важливим джерелом податкової інформації під час впровадження непрямих методів контролю за оподаткуванням фізичних осіб та виявленню активів, які не були задекларовані платниками податків, та схем ухилення від сплати податків, що, в свою чергу, збільшить потенційні додаткові податкові надходження до бюджету України.

Аналіз практики Верховного Суду у підтвердженні реальності господарських операцій та Суду ЄС у протидії податковому шахрайству

Розглядаючи практику касаційного суду, О. Лещенко¹ зазначає про те, що Верховний Суд зберігає свою усталену практику при вирішенні податкових спорів, яка була викладена в рішеннях за минулі роки. Разом із тим, Верховний Суд у своїх рішеннях формує й нові правові позиції й підходи при вирішенні податкових спорів, звичайно із урахуванням конкретних обставин у кожній окремій справі, внаслідок чого спостерігається відмінна від попередніх років тенденція правозастосування у цих категоріях справ.

Зауважимо, що Верховний Суд та податкові органи при розгляді питання податкових правопорушень платників податків при справлянні ПДВ з операцій та правомірності формування податкового кредиту дотримуються позиції аналогічної Суду ЄС щодо податкового обліку господарських операцій платника податків, зокрема для даних податкового обліку преюдиційне значення має не те, про що сторони домовилися, а те, що вони вчинили, тобто не зміст зобов'язання, а його фактичне виконання. Саме з факту виконання (невиконання) правочину повинна визначатися база оподаткування господарських операцій суб'єкта господарювання. Таку позицію Верховний Суд висловив у рішенні від 17.05.2022 у справі № 808/2099/17² про визнання протиправними та скасування податкових повідомлень-рішень.

Так, у постанові Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 25.08.2022 у справі № 400/3884/19³ зазначаєть-

¹ Фінансове право в умовах цифрової трансформації: колективна монографія/ за заг. ред. Т.А. Лягковської. Чернівці: Технодрук, 2021. С. 261.

² Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 17 травня 2022 року у справі № 808/2099/17. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104340916> (дата звернення: 18.08.2023).

³ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 25.08.2022 у справі № 400/3884/19. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104340916>

ся, що наявність або відсутність окремих документів, а також недоліки в їх оформленні не можуть бути підставою для висновку про відсутність господарських операцій, а відтак визнано безпідставними посилення відповідача на наявну податкову інформацію щодо контрагентів позивача, оскільки норми податкового законодавства не ставлять у залежність достовірність даних податкового обліку платника податків від дотримання податкової дисципліни його контрагентами, якщо цей платник (покупець) мав реальні витрати у зв'язку з придбанням товарів (робіт, послуг), призначених для використання в його господарській діяльності. Порухення певними постачальниками товару (робіт, послуг) у ланцюгу постачання вимог податкового законодавства чи правил ведення господарської діяльності не може бути підставою для висновку про порушення покупцем товару (робіт, послуг) вимог закону щодо формування витрат та податкового кредиту, тому платник податків (покупець товарів (робіт, послуг)) не повинен зазнавати негативних наслідків, зокрема у вигляді позбавлення права на податковий кредит за можливу неправомірну діяльність його контрагентів за умови, якщо судом не встановлено фактів, які свідчать про обізнаність платника податків щодо такої поведінки та злагодженість дій між ними.

Водночас яскравим підтвердженням «класичного» підходу, що наявність документів не є свідченням фактично здійснених дій платником, є рішення Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 02.03.2023 у справі № 640/20378/19¹, яким підтримано висновок судів попередніх інстанцій щодо нереальності господарських операцій з поставки будівельних матеріалів та виконанню будівельних робіт, які виходили з того, що надані платником податку первинні документи не є достатніми для підтвердження фактичного здійснення господарських операцій з зазначеними контрагентами.

При наданні правової оцінки спірним правовідносинам було зазначено, що правові наслідки у вигляді виникнення у покупця права на формування податкового кредиту з податку на додану вартість виникають за наявності сукупності таких обставин та підстав, зокрема: фактичного (реального) здійснення оподатковуваних операцій

court.gov.ua/Review/105899630 (дата звернення: 18.08.2023).

¹ Постанова Касаційного адміністративного суду Верховного Суду від 02 березня 2023 року у справі № 640/20378/19. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109546256> (дата звернення: 18.08.2023).

та їх документального підтвердження сукупністю юридично значущих (дійсних) первинних та інших документів, які супроводжують операції певного виду; наявності у сторін спеціальної податкової правосуб'єктності та належним чином складеної податкової накладної; ділової мети, розумних економічних причин для здійснення операції й подальшого використання придбаного товару (робіт, послуг) у межах господарської діяльності платника.

Аналіз реальності господарської діяльності повинен здійснюватися на підставі даних податкового, бухгалтерського обліку платника податків та відповідності їх дійсному економічному змісту. При цьому в первинних документах, які є підставою для бухгалтерського обліку, фіксуються дані лише про фактично здійснені господарські операції.

Якщо господарська операція фактично не відбулася, то первинні документи, складені платником податку та його контрагентом на підтвердження такої операції, не відповідають дійсності та свідчать про відсутність у сторін волевиявлення щодо реального здійснення господарської операції.

Також при розгляді справи було враховано той факт, що виконання ремонтних робіт у нежитлових приміщеннях саме на замовлення позивача та на виконання договору генерального підряду не підтверджується письмовими доказами, які приєднані до матеріалів справи у зв'язку з передачею цих приміщень у користування іншій особі (номенклатура і кількість будівельних матеріалів, зазначених у видаткових накладних, не узгоджується з відомостями, викладеними в актах щодо передачі матеріалів для виконання ремонтних робіт, відсутні докази перевезення будівельних матеріалів та фактичного їх отримання, виконання будівельних робіт, спричинення реальних змін майнового стану позивача у зв'язку зі здійсненням таких операцій тощо).

При цьому на суборендаря був покладений обов'язок виконати на об'єкті оренди ремонтні роботи.

Подібна позиція була висловлена Верховним Судом у постанові від 25.08.2022 у справі № 826/16217/18¹, у якій зазначено: «Будь-які документи (у тому числі договори, акти виконаних робіт, накладні, рахунки тощо) мають силу первинних документів лише в разі фактичного здійснення господарської операції».

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 25 серпня 2022 року у справі № 826/16217/18. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105899628> (дата звернення: 18.08.2023).

У справі № 280/669/21 Верховний Суд підтвердив висновки судів попередніх інстанцій щодо відсутності реального здійснення господарських операцій позивача із контрагентами при придбанні товарів (послуг) (рішення від 02.03.2023¹). Надаючи правову оцінку спірним правовідносинам, суди виходили з того, що на підтвердження виконання господарських договорів позивачем не надано документи, які підтверджують фактичний рух його активів та реальні зміни в майновому стані, а одних лише видаткових накладних недостатньо для висновку про реальність виконання цих договорів. Фактично, крім документів у паперовому вигляді, які підтверджують факт укладення договорів, складення видаткових і податкових накладних, а також проведення оплати, інших доказів на підтвердження реальності господарських відносин позивачем не надано. Водночас договори, податкові та видаткові накладні не є тими первинними документами, які підтверджують фактичний рух активів і реальне постачання товару від постачальників позивачу.

Також було зауважено, що:

– сам факт наявності у позивача податкових чи видаткових накладних, виписаних від імені постачальника, або інших документів, складених з посиланням на поставку товарів (послуг), не є безумовним доказом реальності господарських операцій, оскільки інші обставини свідчать про недостовірність інформації в цих документах;

– всі договори є повністю ідентичними і не містять жодних розбіжностей або індивідуальних особливостей. Ланцюг постачання товару, виробниками якого не є контрагенти позивача, фактично відсутній, оскільки згідно з даними податкових накладних безпосередні контрагенти позивача оформлювали придбання поставленого на адресу позивача товару самі у себе;

– постачання товарів здійснювалось практично всіма контрагентами з однієї адреси у м. Маріуполі, реєстрація контрагентів у контролюючих органах також відбулась протягом 3-х місячного терміну, жодний з контрагентів не є сталим продавцем цього виду товару на ринку та віднесений до категорії ризикових платників, по всіх контрагентах подано розрахунки 1-ДФ щодо фізичних осіб, на користь яких здійснено виплати, які в подальшому були спростовані контролюючим органом у зв'язку із неможливістю ідентифікувати вказаних у звіті осіб.

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії судів Касаційного адміністративного суду від 02 березня 2023 року у справі № 826/16217/18. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109345525> (дата звернення: 18.08.2023).

Відповідно висновки відповідача–податкового органу про штучне формування податкового кредиту для позивача з причин відсутності у контрагента: ланцюга походження та руху товарів, необхідних умов для здійснення господарських операцій (приміщень для зберігання, засобів для перевезення (навантаження, розвантаження) та виробництва зазначених товарів), відсутності чисельності для ведення діяльності у задекларованих обсягах підтверджуються.

Отже, Касаційний адміністративний суд погодився з висновками судів попередніх інстанцій про те, що досліджені в ході розгляду справи документи не підтверджують факт реальності господарських операцій.

Постановою Верховного Суду від 13.03.2023 у справі № 240/12029/21¹ про визнання протиправним та скасування рішення про відмову у реєстрації податкової накладної та зобов'язання зареєструвати податкову накладну в Єдиному реєстрі податкових накладних підтверджено обґрунтованість дій податкового органу щодо прийняття рішення про відмову в реєстрації податкової накладної в Єдиному реєстрі податкових накладних з огляду на ненадання платником податків до останнього копій первинних документів, які розкривають зміст господарської операції. Натомість платником надано пакет документів, який не відповідає інформації в податковій накладній.

Крім того, Верховний Суд вважає правильним висновок, що податковий орган, приймаючи оскаржуване рішення, був необізнаний про наявність помилки у податковій накладній, на яку посилається позивач, обґрунтовуючи надання пакету документів на підтвердження іншої господарської операції, а приймав рішення в межах своєї компетенції та винятково на наданих позивачем документах, які є суперечливими.

Якщо при вчиненні дій, спрямованих на виникнення права на податковий кредит, окремі платники податків готують документи, що технічно відповідають вимогам законодавства, то в інших випадках спостерігається протилежна ситуація.

Так, ухвалою Верховного Суду у справі № 280/4277/22 від 01.02.2023² за заявою позивача залишено без розгляду позовну заяву платника податків до податкового органу про визнання протиправни-

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 13 березня 2023 року у справі № 240/12029/21. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109541824> (дата звернення: 18.08.2023).

² Ухвала Верховного Суду від 01 лютого 2023 року у справі № 280/4277/22. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/> (дата звернення: 18.08.2023).

ми та скасування рішень про відмову у реєстрації податкових накладних та зобов'язання зареєструвати податкові накладні в Єдиному реєстрі податкових накладних. За наслідком аналізу наданих позивачем документів та отриманої інформації від розпорядників встановлено, що перевізники, вказані в товарно-транспортних накладних, не є власниками транспортних засобів. Також на запит податкового органу до перевізників, зазначених у товарно-транспортних накладних, останні повідомили про відсутність господарських взаємовідносин із позивачем, а також відсутність укладених договорів, якими передбачене передання права володіння чи розпорядження, довіреностей на розпорядження та керування транспортними засобами. Крім того, один з перевізників повідомив про відсутність у розпорядженні зазначених у товарно-транспортних накладних транспортних засобів.

Постановою Верховного Суду від 22.11.2022 у справі № 640/22573/19¹ підтверджено правомірність винесеного податкового повідомлення-рішення за результатами проведеної перевірки за 2015–2016 роки, в межах якої встановлено невиконання платником податків обов'язку податкового агента при виплаті доходу у вигляді процентів на користь пов'язаної особи-резидента Республіки Кіпр. Судом підтверджено, що платником податків під час виплати доходу у вигляді процентів на користь нерезидента не враховано пункт 2 статті 11 «Проценти» Конвенції між Урядом України і Урядом Республіки Кіпр про уникнення подвійного оподаткування (далі – Конвенція) та вимоги Податкового кодексу України (далі – Кодекс) у частині застосування зменшеної ставки податку у зв'язку з виплатою доходу не на користь бенефіціарного (фактичного) отримувача (власника) доходу.

За результатами обміну податковою інформацією з компетентними органами Республіки Кіпр та Королівства Нідерланди отримано інформацію, яка підтверджує, що при виплаті доходу у вигляді процентів за користування кредитною лінією на користь пов'язаної компанії-резидента Республіки Кіпр, було неправомірно застосовано пільгову ставку оподаткування, передбачену пунктом 2 статті 11 Конвенції.

За результатами аналізу податковим органом умов договорів про надання кредитних ліній, які укладені між платником податків та пов'язаними особами-нерезидентами, а також фінансову звітність зазначених нерезидентів, отриману від компетентних органів Республіки

¹ Постанова Верховного Суду від 22 листопада 2022 року у справі № 640/22573/19. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/> (дата звернення: 18.08.2023).

Кіпр та Королівства Нідерландів. За результатами аналізу контролюючим органом встановлено механізм внутрішньогрупового кредитування групи компаній, що передбачає транзитний характер руху доходу у вигляді процентів джерелом походження з України, і що саме такий механізм виплат було передбачено вже з моменту укладання відповідних кредитних угод між платником податків і резидентом Республіки Кіпр.

Суд зазначив, що поняття бенефіціарного власника необхідно тлумачити, виходячи з мети та завдань відповідних міжнародних договорів. Для визнання особи фактичним отримувачем доходу така особа повинна володіти не тільки правом на отримання доходу, але і, як вбачається з міжнародної практики застосування угод про уникнення подвійного оподаткування, повинна визначати його подальшу економічну долю.

І лише тоді, коли отримувач процентів має право отримувати вигоду та визначати подальшу економічну долю доходу і не пов'язаний договірними або юридичними зобов'язаннями щодо перерахування такого доходу іншій особі, він є бенефіціарним власником доходу в розумінні Конвенції та статті 103 Кодексу.

Досвід таких міжнародних організацій, як ОЕСР, визначають зміни в податковому законодавстві багатьох держав світу, які є членами ОЕСР, у тому числі і держав-членів ЄС. На внесення зазначених змін до податкового законодавства країни-члена ОЕСР впливає План дій для боротьби з розмиванням бази оподаткування і виведенням прибутку з-під оподаткування (далі – BEPS), який включає в себе 15 кроків, що покривають різні сфери протидії агресивному податковому плануванню. Імплементация Плану дій BEPS сприяє гармонізації міжнародних податкових правил із більше як 70 країнами світу та створює більш прозоре податкове середовище.

За умов реалізації плану BEPS основним завданням держави є оподаткування за місцем створення прибутку. У державах-членах ЄС план BEPS та глобальні загрози податковій безпеці вивели на перший план фіскальну функцію оподаткування.

Обов'язковими до виконання Україною (мінімальний стандарт Плану дії BEPS) є 4 кроки:

- крок 5 «Удосконалення заходів боротьби з податковими зловживаннями»;
- крок 6 «Недопущення зловживання пільгами, передбаченими двосторонніми угодами»;

3.4 Практика Суду ЄС та Верховного Суду щодо особливостей протидії...

– крок 13 «Рекомендації про документації з трансфертного ціноутворення та розкриття інформації по країнах»;

– крок 14 «Удосконалення процедури взаємного узгодження шляхом вирішення спорів».

Світова глобалізація сприяла, з одного боку, формуванню глобальної економічної діяльності, а, з іншого – формуванню надмірного податкового тягаря компаній, які беруть участь у транскордонних операціях. Ці тенденції відкрили таким суб'єктам економічної діяльності, як транснаціональні корпорації, можливості мінімізації податкового навантаження. Відповідно до плану BEPS створюється напружена ситуація, в якій громадяни стають більш чутливими до питань податкової справедливості¹. Транскордонна природа ухилення від сплати податків обумовлює той факт, що протидія цій проблемі на національному рівні є малоефективною і буде тільки обтяжувати ситуацію, яка склалася на практиці в цьому питанні. Спроби однієї держави захистити свій податковий інтерес створюють певний адміністративний тягар для бізнес-середовища країни, постійні зміни в податковому законодавстві обумовлюють правову невизначеність для іноземних інвесторів та створюють нові можливості для податкових зловживань та шахрайства платниками податків.

У 1998 р. ОЕСР підготувала доповідь про так звану «шкідливу податкову конкуренцію», в якій була надана негативна оцінка «перегонам на дно», що зводить до нуля податкові ставки у джерела доходу незалежно від того, чи було це метою податкової політики у країні.² Ця проблема не втратила своєї актуальності і станом на сьогоднішній день – це не тільки сегментація ринку, а й зменшення ставок податку за окремими видами доходу. Поняття «harmful tax competition» закріплено у звіті ОЕСР 1998 р. і полягає в тому, що шкідливі пільгові податкові режими (ефективна ставка податку, що справляється з прибутку від перенесеної в юрисдикцію діяльності, значно нижча від ставок в інших країнах) можуть завдати певних збитків, зокрема:

– спотворення фінансових та опосередковано реальних інвестиційних потоків; підрив цілісності та справедливості в діяльності податкових органів; перешкода в дотриманні вимог законодавства усіма платни-

¹ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. URL: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en (дата звернення: 18.08.2023).

² OECD (1998), Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue. URL: <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf> (дата звернення: 18.08.2023).

ками податків; небажане зміщення частини податкового навантаження на менш рухливі податкові бази, такі як праця, майно та споживання;

– збільшення адміністративних витрат та навантаження на податкові органи та платників податків.

Податкова практика може бути «шкідливою податковою конкуренцією», якщо вона підриває податкову базу інших країн. Тому увага міжнародних організацій, зокрема, таких як ОЕСР, та інших країн світу змістилася з податкової гармонізації на протидію податковим зловживанням через реалізацію плану BEPS. При цьому ЄС встановлює свої стандарти для реалізації плану BEPS. Проте є необхідним формування єдиного підходу до імплементації плану BEPS, оскільки багато держав ОЕСР є також членами ЄС.

Основні економічні свободи, що закріплені в установчих договорах ЄС, здійснюють вплив на національні податкові режими держав-членів ЄС, які володіють дискреційними повноваженнями у прийнятті свого податкового законодавства та внесення змін до нього відповідно до своїх внутрішніх цілей до того моменту, поки податкові правила в конкретній державі-членові ЄС не порушують принцип заборони дискримінації, закріплений у Договорі про функціонування ЄС.

У часи глобалізації та діджиталізації економіки принципи, на яких заснована міжнародна податкова система, стають суттєвими перешкодами на шляху розвитку міжнародної торгівлі, використовуються платниками податків у своїх корисливих мотивах з метою уникнення сплати податків. Реакцією на таку ситуацію була спроба обмеження податкової конкуренції через запровадження поняття шкідливої податкової конкуренції та визначення правил, спрямованих на протидію податковим зловживанням (anti-avoidance rules). Загальні (General Anti-Avoidance Rules, GAARs) та спеціальні правила (Special Anti-Avoidance Rules, SAARs) можуть міститися у міжнародних (наприклад, план дій BEPS) та національних документах.

Директива ЄС № 2016/1164 від 12.07.2016 про встановлення правил протидії практикам ухилення від сплати податків, які мають безпосередній вплив на функціонування внутрішнього ринку, встановлює правила протидії практикам ухилення від сплати податків, які впливають на функціонування внутрішнього ринку ЄС (далі – Директива № 2016/1164¹).

¹ Директива Ради (ЄС) 2016/1164 від 12 липня 2016 року про встановлення правил протидії практикам ухилення від сплати податків, які мають безпосередній вплив на функці-

Відповідно до Директиви № 2016/1164 держави-члени ЄС мають застосовувати мінімальний стандарт правил протидії податковому шахрайству, але можуть і виходити за його межі. Це закріплено у статті 3 Директиви, відповідно до якої ця Директива не перешкоджає застосуванню національних або договірних положень, спрямованих на забезпечення вищого рівня захисту національної бази оподаткування податком на прибуток підприємств. Державам-членам ЄС залишено широкий вибір способів імплементації норм Директиви № 2016/1164, оскільки вона ґрунтується на принципах, а не на жорстких правилах.

Відповідно до статті 1 Директиви № 2016/1164 положення Директиви застосовується до всіх платників податків, що підлягають оподаткуванню податком на прибуток підприємств в одній або кількох державах-членах, у тому числі до постійних представництв в одній або кількох державах-членах юридичних осіб, які є резидентами третьої країни для цілей оподаткування.

Виходячи з аналізу Директиви № 2016/1164¹, можна виділити п'ять основних правил, спрямованих на протидію податковим шахрайствам:

1. Правило обмеження вирахування відсотків (статті 4 та 11 Директиви).

Суттєві відмінності податкових режимів позикового (до нього можливе застосування вирахування з прибутку компанії) та власного капіталу (у цьому випадку можливе подвійне оподаткування прибутку та дивідендів) можуть бути причиною використання тонкої капіталізації як інструменту міжнародного податкового планування. Тонка капіталізація є сумою залучених коштів, яка перевищує розмір статутного капіталу компанії. В окремих випадках це може кваліфікуватися як спосіб уникнення сплати податків, оскільки відсотки за кредитом зменшують податкову базу з податку на прибуток компанії.

Звіт про крок 4 плану BEPS свідчить про те, що ТНК розміщують більш високий рівень боргу третьої сторони у високоподаткових юрисдикціях, створюють вирахування за відсотками, що перевищу-

онування внутрішнього ринку. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_022-16#Text (дата звернення: 18.08.2023).

¹ Директива Ради (ЄС) 2016/1164 від 12 липня 2016 року про встановлення правил протидії практикам ухилення від сплати податків, які мають безпосередній вплив на функціонування внутрішнього ринку. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_022-16#Text (дата звернення: 18.08.2023).

режимами позики – інструмента зменшення податкових платежів – та вкладками у статутний капітал, на які вирахування не поширюються¹.

Чинне законодавство ФРН містить три винятки, які кореспондуються із правилом обмеження виплати відсотків, що закріплене у Директиві № 2016/1164:

1) граничне значення у розмірі 3 млн. євро застосовується аналогічно до Директиви № 2016/1164 до групи в цілому;

2) «умова відокремлення» звільняє платників податків від правила обмеження виплати відсотків за умови, що вони не належать або частково належать до корпоративної групи²;

3) «положення про вихід» застосовується, коли відношення капіталу групи до боргових зобов'язань не перевищує відношення капіталу до боргу платника податків більше ніж на 2%.

Правила у ФРН та норми Директиви № 2016/1164 є практично ідентичними, що свідчить про належний рівень імплементації Німеччиною цієї Директиви до національного законодавства. Однак у Директиві № 2016/1164 усі ці винятки є лише варіантами, які держави-члени ЄС можуть прийняти до виконання у своєму національному законодавстві, а у Німеччині ці винятки чітко закріплені у податковому законодавстві.

Німецькі зустрічні винятки, що можуть бути застосовані до «умови відокремлення» та «положення про вихід», є суттєвою відмінністю німецького законодавства від Директиви № 2016/1164. Ці заходи унеможливають застосування вирахувань у разі, якщо існує зловживання при фінансуванні заборгованості акціонерів компанії.

З погляду права ЄС стаття 4 Директиви № 2016/1164 може вважатися заходом, що замінює національні правила тонкої капіталізації, основною метою яких є протидія податковим зловживанням. При цьому норми Директиви не сприяють гармонізації національних податкових баз³.

Суд ЄС вказував, що національні правила обмеження виплати відсотків, що обмежують основні свободи з метою боротьби з податковими зловживаннями, не відповідають принципу пропорційності,

¹ Schön W. Debt and Equity in Domestic and International Tax Law – A Comparative Policy Analysis // *British Tax Review*. 2014. № 2. P. 146–217.

² Knoller C. – P. The Efficiency of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective // *Intertax*, 2011. Volume 39, Issue 6/7. P. 320

³ Dourado A.P. The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle // *EC Tax Review*. 2017. Volume 26. Issue 3, p. 118.

якщо вони не надають платнику податків можливості обґрунтувати комерційні причини невикористання «правила витягнутої руки» або обмежують вирахування по відсотках з «правилом витягнутої руки»¹. Це правило включено до національних правил трансфертного ціноутворення держав-членів ЄС, а рішення Суду ЄС підтверджують використання принципу «витягнутої руки» у контексті національних правил.

Наприклад, у справі C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* від 13.03.2007 Велика палата Суду ЄС заявила, що принцип «витягнутої руки» відіграє вирішальну роль у визначенні того, чи відповідає правило тонкої капіталізації принципу пропорційності.

2. Положення про оподаткування приросту капіталу при виведенні активів (стаття 5 Директиви).

Податок на виведений капітал визначений у національному законодавстві держав-членів ЄС. Такі активи, як інтелектуальна власність, патенти, часто оцінюються за передбачуваними доходами від них і виводяться з-під оподаткування через їх переміщення з ЄС до третіх країн з низькоподаткових юрисдикцій. Наприклад, певна компанія-резидент однієї країни ЄС розвиває новий продукт і відмінує витрати на розвиток продукту з оподаткованого прибутку в цій країні. Як тільки актив починає ставати прибутковим, компанія переміщує продукт у низькоподаткову юрисдикцію та оформлює там патент на цей продукт. У результаті вся вартість, створена на основі інтелектуальної власності, залишається неоподаткованою.

Виходячи з Директиви № 2016/1164, всі держави-члени ЄС мають застосовувати податок на виведений капітал, що базується на вартості активів у момент виведення. Компанії зобов'язуються надсилати до контролюючих органів інформацію про оподатковувані активи.

Податки на виведений капітал є одним із видів прямих податків, що відображають конфлікт між податковим суверенітетом держав-членів ЄС та основними свободами, закріпленими у Договорі про функціонування ЄС. Ці податки виникають до того, як держава еміграції втрачає свої повноваження внаслідок переходу платника податків до іншої юрисдикції. Податок на виведений капітал є відображенням фіскального суверенітету держави за допомогою оподат-

¹ Kumm M. Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice, A review essay on A Theory of Constitutional Rights, by Robert Alexy. International Journal of Constitutional Law. Vol. 2. № 3. 2004. P. 574–596.

кування нереалізованого прибутку від приросту капіталу, прихованих резервів та підвищення вартості активів фізичної особи або компанії, що залишають її юрисдикцію.

У справах C-81/87 *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.* від 27.09.1988; C-210/06 *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.* від 16.12.2008; C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* від 11.03.2004; C-371/10 *National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam* від 29.11.2011 Суд ЄС визнав оподаткування приросту капіталу при виведенні активів обмеженням свободи заснування. У рішенні у справі C-81/87 *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.* від 27.09.1988 Суд ЄС зазначив, що свобода заснування реалізується через створення товариств, філій або дочірніх компаній, а також участь в інкорпорації компанії в іншій державі-членові ЄС. Крім того, компанії існують тільки на основі національного законодавства держави-члена ЄС, що визначає їх утворення та функціонування.

У рішенні у справі C-371/10 *National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam* від 29.11.2011 Суд ЄС встановив, що оподаткування призводить до встановлення несприятливого режиму для платника податків, який бажає змінити резиденство у порівнянні з тим платником податків, який його зберігає. Платник податків втрачає стимули, оскільки держава оподатковує неотриманий дохід і створює нестачу грошових коштів. Усі заходи, які забороняють свободу пересування чи перешкоджають їй, мають розглядатися як обмеження цієї свободи. Однак у цьому рішенні Суд ЄС встановив, що оподаткування приросту капіталу може бути виправдане розподілом податкових повноважень між державами-членами ЄС, які використовують досвід з міжнародної практики, зокрема з модельних конвенцій ОЕСР. Таким чином, Суд ЄС визначив режим встановлення податку на виведений капітал для держав-членів ЄС, які бажають встановити цей податок, але не зобов'язав усі держави-члени ЄС його встановлювати.

Правило, що сформульовано у статті 5 Директиви № 2016/1164, кардинально відрізняється від позиції Суду ЄС, зокрема, воно запроваджує обов'язковий податок на виведений капітал у конкретних випадках транскордонних переміщень. Це правило має на меті не-

реалізоване підвищення вартості активів до оподаткування на основі ринкової вартості в момент, коли активи або бізнес залишають податкову юрисдикцію. Крім того, правило не має застосовуватися, якщо передача активів має тимчасовий характер, а особа, яка передає, повертатиме активи державі-члену ЄС.

Важливою нормою є розширення податкових повноважень держави призначення, що є реалізацією принципу оподаткування за місцем створення прибутку. Ефективність правила має забезпечуватися співпрацею держав-членів ЄС, інструментом якої повинен стати механізм вирішення спорів з питань подвійного оподаткування, закріплений у Директиві ЄС № 2017/1852 від 10.10.2017¹ про механізми вирішення податкових спорів у Європейському Союзі.

3. Загальне правило протидії ухиленню від сплати податків (ст. 6 Директиви).

У національному податковому законодавстві та в актах ЄС (Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States – директива про материнські компанії; Council Directive 2009/133/EC of 19 October 2009 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, partial divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States and to the transfer of the registered office of an SE or SCE between Member States – директива про злиття; Council Directive 2003/49/EC of 9 June 2009 on the common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States – директива про проценти) закріплено загальне правило протидії податковим зловживанням (GAAR), мета якого – протидіяти будь-якому сценарію ухилення від сплати податків, що не передбачений законодавством. Хоча GAAR є досить абстрактними, щоб реагувати на непередбачені випадки ухилення від сплати податків, його часто критикують за порушення принципу правової визначеності для платників податків.

Так, професор М. Ланг позначає двозначність: GAAR по суті є правилом, що потребує гнучкості та абстрактності, тоді як платники податків мають легітимні очікування на чітко визначену податко-

¹ Директива Ради (ЄС) 2017/1852 від 10 жовтня 2017 року про механізми вирішення податкових спорів у Європейському Союзі. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_028-17#Text (дата звернення: 18.08.2023).

ву систему. До того ж у праві ЄС немає загального принципу, який зобов'язує держави-члени протидіяти практикам зловживань у сфері прямого оподаткування¹.

Відповідно до ч. 1 статті 6 Директиви № 2016/1164² для цілей розрахунку зобов'язання з податку на прибуток підприємств держава-член повинна ігнорувати механізм або низку механізмів, основною ціллю або однією з основних цілей яких є отримання податкової переваги, що суперечить меті або завданню чинного податкового законодавства, які з урахуванням усіх відповідних фактів та обставин є фіктивними. Механізм може складатися з кількох етапів або частин.

Таким чином, правило GAAR припинятиме створення штучних податкових схем, якщо на цей випадок немає спеціальних норм у чинному законодавстві держави-члена ЄС. Це формулювання практично відтворює правило GAAR, закріплене в Директиві про материнські компанії. Водночас пункт 3 статті 6 Директиви № 2016/1164 залишає державам-членам ЄС на їх розсуд вирішення питань обчислення податку та визначення економічної сутності операцій.

Для визначення податкових зловживань держави-члени ЄС мають провести так звані «суб'єктивні та об'єктивні» тести. Це дозволить податковим органам відхиляти повністю штучні податкові схеми та здійснювати оподаткування на основі економічної сутності правочину. Про це свідчить відповідна практика Суду ЄС. Уперше про ці тести висловився Суд ЄС у рішенні у справі C-110/99 Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas від 14.12.2000, згідно з яким визначення факту податкового зловживання вимагає, по-перше, сукупності об'єктивних обставин, у яких, незважаючи на формальне дотримання умов, встановлених правилами Співтовариства, мета цих правил не була досягнута, і, по-друге, суб'єктивного елемента, суть якого полягає в намірі отримати податкову перевагу від правил Співтовариства у вигляді штучного створення певних умов.

Таким чином, об'єктивний тест вимагає наявності фактичних обставин, з яких випливає, що мета норми права ЄС не була досягну-

¹ Lang M. Cadbury Schwepes' Line of Case Law from the Member States' Perspective. Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law? / R. de la Feria, S. Vogenauer (eds.). Hart Publishing, 2011. P. 451

² Директива Ради (ЄС) 2016/1164 від 12 липня 2016 року про встановлення правил протидії практикам ухилення від сплати податків, які мають безпосередній вплив на функціонування внутрішнього ринку. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_022-16#Text (дата звернення: 18.08.2023).

та. Суб'єктивний тест призначений для визначення кінцевої мети дій суб'єкта підприємницької діяльності, які можна визначити як штучні у світлі конкретних обставин. Суд ЄС провів ці два взаємопов'язані тести у справі C-255/02 Halifax Plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise від 21.02.2006, застосувавши принцип, коли право ЄС не може діяти у випадках, коли його намагаються поширити на податкові зловживання.

У рішенні у справі C-196/04 Cadbury Schweppes Plc, Cadbury Schweppes Ltd v Commissioners of Inland Revenue від 12.09.2006 Суд ЄС переглянув подвійний тест стосовно сфери прямого оподаткування і звернув увагу на те, що крім суб'єктивного наміру отримати податкову вигоду повинні мати місце об'єктивні обставини, які показують, що мета свободи заснування (підприємства мають реальний намір здійснювати економічну діяльність) не досягнута.

У справі C-196/04 було встановлено, що у сфері прямого оподаткування відсутність справжньої економічної діяльності створює презумпцію податкового шахрайства або зловживання, що дає підстави не застосовувати положення про свободу заснування до такої компанії. Це перше рішення Суду ЄС, в якому розглядалася сфера прямого оподаткування у контексті норм, які закріплюють дію основних свобод. Тим самим Суд ЄС спробував сформулювати єдину конструкцію податкового зловживання.

У справі C-221/89 The Queen and The Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Limited and Others від 25.07.1991 було закріплено, що справжня економічна діяльність у державі реєстрації компанії є обов'язковою вимогою для можливого застосування свободи заснування до такої компанії.

У справі C-28/95 A. Leur-Bloem and Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 від 17.07.1997 Суд ЄС встановив, що для того, щоб визначити чи є основною метою операції податкові зловживання, податкові органи мають перевіряти операцію в кожному окремому випадку і не повинні мати певних упереджень.

Держави-члени ЄС можуть встановити, що якщо операція здійснюється без належної комерційної мети, таку операцію можна визнавати як операцію з метою податкового шахрайства. У справі C-28/95 A. Leur-Bloem and Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 від 17.07.1997 було встановлено, що операція, яка має

належну комерційну причину, повинна мати не тільки мету отримання фіскальної переваги, але й іншу мету.

Таким чином, для визнання того, що компанія зловживає своїм правом і здійснювана нею операція є повністю штучною схемою, необхідно виконання трьох умов: 1) наявність наміру отримати податкову вигоду; 2) угода не відображає економічної реальності, її здійснення не обґрунтоване економічною доцільністю; 3) компанія не здійснює реальної економічної діяльності на території держави своєї реєстрації, тобто її реєстрація на території держави не мала на меті здійснення діяльності на території держави, а саме використання переваг внутрішнього законодавства і переваг, що надаються правом ЄС. Причому наявність лише одного наміру мінімізувати податковий тягар є недостатнім для визнання угоди штучною, ключовим моментом є саме відсутність реальної економічної мети операції.

Чи можуть держави-члени ЄС протидіяти податковим зловживанням, безпосередньо ґрунтуючись на загальному принципі права ЄС щодо заборони зловживання правом, або їм необхідно ґрунтуватися на національному законодавстві чи судовій доктрині залежить від того, чи мало місце зловживання у сфері непрямого чи прямого оподаткування. Це впливає з рішення у справі C-417/10 *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v 3M Italia SpA* від 29.03.2012, відповідно до якого у сфері прямого оподаткування у держав-членів ЄС відсутні зобов'язання з попередження податкових зловживань, а тому вони не можуть безпосередньо ґрунтуватися на праві ЄС. Якщо держави хочуть захистити національну податкову базу, вони мають запровадити національні заходи з протидії ухиленню від сплати податків, або керуватися в цьому питанні національною судовою доктриною. Якщо такі заходи порушують норми, що закріплюють дію основних свобод, вони мають відповідати встановленим Судом ЄС стандартам.

У справі C-321/05 *Hans Markus Kofoed v Skatteministeriet* від 05.07.2007 Суд ЄС констатував, що зазначене правило поширюється і на сферу прямого оподаткування: директиви ЄС традиційно не вимагають від держав-членів запроваджувати національні правила протидії податковим зловживанням, але уповноважують держави скасовувати податкові пільги, якщо угоду було здійснено винятково з метою отримання податкової переваги.

З розглянутої практики Суду ЄС можна побачити деякі відмінності у тестах, які ним застосовуються. Крім об'єктивного та суб'єктивного

тестів існує ще тест мети, який показує, що угода була спрямована на зловживання (тест основної мети).

Цілком очевидно, що суб'єктивний тест має різну значущість у різних випадках, оскільки Судом ЄС може перевірятись дотримання різних вимог. У сфері непрямого оподаткування суб'єктивний тест має набагато менше значення. Так, у рішенні у справі C-255/02 Halifax Plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise від 21.02.2006 цей тест чітко не позначено. У сфері прямого оподаткування «статутні» GAAR, закріплені в директивах ЄС, вимагають основної мети отримання податкової переваги. Найсуворішим є суб'єктивний тест, що ґрунтується на рішеннях у справах про відповідність національного законодавства основним свободам ЄС. Він вимагає отримання податкової переваги як єдину мету угоди.

Стаття 6 Директиви № 2016/1164 не вимагає від держав-членів ЄС уводити свої законодавчі правила: держави, в яких склалася судова доктрина, що відповідає загальній ідеї статті 6 Директиви № 2016/1164, можуть керуватися положеннями, визначеними у рішенні у справі C-321/05 Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet від 05.07.2007, і застосовувати надалі практику, що склалася. Таким чином, держави-члени ЄС зберігають дискреційні повноваження щодо меж дії GAAR. Використання трирівневої структури інтерпретації GAAR дозволить забезпечити визначеність для платників податків та зберегти необхідний абстрактний характер права ЄС.

Існують загальні тенденції, що впливають на розвиток правил GAAR в ЄС. Механізми протидії податковим зловживанням закріплені у податкових кодексах країн-членів ЄС, а відсутність таких – у спеціальних законах.

Якщо у податкових відносинах усередині країни вітчизняна концепція необґрунтованої податкової вигоди охоплює широке коло обставин, у яких платники податків найчастіше страждають від дискреційних повноважень податкових органів та судів, то у транскордонних податкових відносинах мають застосовуватися спеціальні норми податкового права (правила тонкої капіталізації, концепція фактичного права на дохід). Так, застосування концепції фактичного права на дохід є тестом основної ділової мети господарської операції, що широко використовується в європейській податковій практиці.

Директива № 2016/1164 має на меті протидію ухиленню від сплати податків, а також використовує загальні засоби для досягнення цієї мети, а саме аналіз економічної сутності угоди. Європейська комісія представила перелік невідповідностей між змістом та формою чи між операціями всередині групи компаній. Причина цих відмінностей полягає у тому, що в ЄС правила GAAR формувалися роками. Таким чином, європейські правила GAAR дотримуються загальних ідей плану BEPS, але за допомогою різних технічних прийомів.

4. Правило щодо контрольованої іноземної компанії (КІК) (стаття 7 Директиви).

Законодавство більшості держав ЄС визнає контрольованою іноземною компанією іноземну юридичну особу (тобто має корпоративну форму) і не застосовується до інших структур, наприклад, товариств, фондів, трастів тощо. При цьому чи є іноземна компанія юридичною особою чи ні, здебільшого визначається за правом держави, яка застосовує правила КІК.

5 жовтня 2015 р. було видано Звіт ОЕСР «Про побудову ефективних правил оподаткування контрольованих іноземних компаній» (далі – Звіт ОЕСР), в якому рекомендується застосовувати формально юридичний критерій як основний і при цьому використовувати для визначення осіб, які контролюють КІК, не один критерій, а кілька, щонайменше два, визнаючи особу такою, що контролює, при дотриманні хоча б одного з цих критеріїв¹.

Остаточна редакція Директиви № 2016/1164 відповідає кроку 3 плану BEPS. Директива № 2016/1164 вимагає від КІК як юридичного, так і економічного контролю, виключаючи фактичний контроль. Отже, не враховується сценарій, у якому контролююча компанія здійснює фактичний вплив (має фактичний контроль) на рішення контрольованої компанії без більшості голосів, капіталу чи прибутку.

Контролюючою компанією є компанія, яка прямо чи опосередковано володіє більше ніж 50% голосуючих акцій чи статутного капіталу компанії або іншим чином бере участь в управлінні компанією, що дає право на отримання більше ніж 50% її прибутку².

¹ OECD. Designing Effective Controlled Foreign Company Rules. Action 3–2015 Final Report. OECD / G20 Base Erosion and Profit Shifting Project // URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en> (дата звернення: 18.08.2023).

² Ginevra G. The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU Level. EC Tax Review. Vol. 45. № . 2 (2017). P. 120.

Державам-членам ЄС дозволено використовувати так звані «субстанціальний» та «категоріальний» підходи. Субстанціальний підхід передбачає стандарт, згідно з яким прибуток КІК розраховується з усього нерозподіленого прибутку, що виникає від недійсних угод, які були введені в дію з основною метою отримання податкової переваги¹.

При категоріальному підході представлений список доходів, що ґрунтується на юридичній класифікації – відсотки, роялті та доходи від інтелектуальної власності, дивіденди, фінансовий лізинг, доходи від фінансової діяльності, доходи від продажу та послуг, які за термінологією плану BEPS є географічно більш мобільними, та отже існує ймовірність, що правила КІК будуть спрямовані саме на їх адресу².

Пункт 2 статті 7 Директиви № 2016/1164 передбачає два варіанти того, які прибутки іноземної юридичної особи або постійного представництва можуть бути приписані державі-члену ЄС з метою оподаткування.

Включення до податкової бази всього прибутку КІК можна називати юрисдикційним підходом, включення частини прибутку – транзакційним підходом. Юрисдикційний підхід є менш обтяжливим, оскільки як тільки податкові органи визначили прибуток, правила КІК автоматично застосовуються за умови дотримання критеріїв класифікації, і податковим органам не потрібно проводити подальший аналіз. З іншого боку, платник податків отримує визначеність, адже він заздалегідь знає, який прибуток оподаткуватиметься.

Правила КІК є правилами, спрямованими на протидію необґрунтованому «відкладеному оподаткуванню» та ухилянню від сплати податків. Завдання правил КІК в ЄС засновані на плані BEPS і полягають в усуненні відстрочення оподаткування прибутку, а також обмеження штучного розміщення пасивного доходу в іноземній низькоподатковій юрисдикції.

Директива № 2016/1164 була прийнята з метою вирішити проблему BEPS у ЄС та не визначила революційних підходів до правил КІК, тому Директива містить безліч диспозитивних положень. Можливості прийняття різних правових норм, спрямованих на боротьбу з BEPS,

¹ Ginevra G. The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU Level. EC Tax Review, Vol. 45, № 2 (2017). P. 127.

² OECD. Designing Effective Controlled Foreign Company Rules. Action 3–2015 Final Report. OECD / G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en> (дата звернення: 18.08.2023).

по-різному розглядаються державами-членами ЄС, що не сприяє балансу податкової системи ЄС.

Правила КІК відповідають принципу свободи заснування. Це пов'язано з тим, що правило КІК відповідає рішенням у справах C-196/04 Cadbury Schweppes Plc, Cadbury Schweppes Ltd v Commissioners of Inland Revenue від 12.09.2006, встановлюючи обов'язковий тест економічної суті господарської операції. З іншого боку, правила КІК, закріплені Директивою № 2016/1164, застосовуються як у країні, так і за кордоном. При цьому немає причин, за якими режим КІК повинен застосовуватися всередині країни, оскільки ефективні ставки податку в одній і тій самій державі-членові ЄС будуть завжди ідентичними. Тому єдине пояснення того, чому КІК застосовується як у внутрішніх, так і в транскордонних відносинах, полягає в тому, що це не дає Суду ЄС підстав говорити про дискримінацію та порушення свободи заснування. Це питання було сформульоване Генеральним адвокатом у справі C-524/04 Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue від 13.02.2007, згідно з якою подібне включення внутрішніх ситуацій до податкового законодавства здійснюється лише з метою унеможливлення зловживання правом. Проте поки дія податкового законодавства в однаковому міру охоплюватиме внутрішні та транскордонні ситуації, воно відповідатиме свободі заснування.

Виходячи з цього, правила КІК, що закріплені в Директиві № 2016/1164, є недостатньо ефективними для вирішення проблем BEPS. Вони обмежують розмивання податкової бази та виведення прибутку, проте норми Директиви № 2016/1164 призводять до подвійного оподаткування, а також режим КІК може призвести до виведення капіталу в низькоподатковій юрисдикції ЄС. Такий режим є несправедливим стосовно порівнювальних платників податків, розташованих у різних державах-членах ЄС, оскільки його правила спотворюють внутрішній ринок. З іншого боку, правила КІК відповідають принципам свободи заснування, як того вимагає рішення у справі C-196/04 Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd від 12.09.2006.

5. Гібридні розбіжності (стаття 9 Директиви).

Гібридні схеми згідно з визначенням у звіті ОЕСР використовують відмінності у правовому регулюванні статусу юридичної особи відповідно до законів двох або більше юрисдикцій для досягнення

подвійного оподаткування¹. Метою кроку 2 плану BEPS є усунення ефекту використання гібридних схем для податкових зловживань. Правило протидії гібридним схемам може застосовуватися у разі відмінностей в юридичних характеристиках однієї й тієї ж юридичної особи, що тягне або подвійне вирахування, або подвійне невирахування з прибутку.

Гібридні схеми створюються з метою отримати переваги, які передбачені директивами ЄС у сфері оподаткування. Так, у таких компаніях не має місце присутність у державі реєстрації. Реальною ж присутністю компанії є наявність офісу, співробітників, здійснення господарської діяльності на території держави реєстрації (Case C-196/04 Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd, рішення Суду ЄС від 12.09.2006). Операції, що здійснюються такими компаніями, можуть визнаватися повністю штучними угодами (Case C-425/06 Ministero dell'Economia e delle Finanze, formerly Ministero delle Finanze v Part Service Srl, company in liquidation, formerly Italservice Srl, рішення Суду ЄС від 21.02.2008).

Якщо Суд ЄС доходить висновку, що КІК використовує гібридні розбіжності в оподаткуванні в ЄС, не здійснює реальної економічної діяльності, то така компанія може визнаватися компанією, що має ознаки штучної схеми.

Наприклад, група компаній, яка здійснює діяльність у двох державах-членах ЄС, створює нову юридичну особу в одній із них. У частині оподаткування дві держави розглядають цю юридичну особу по-різному. Ця нова компанія займає в борг певну суму на користь групи компаній та виплачує відсотки за цією позикою, за якими обидві держави-члени ЄС вираховують їх з прибутку новоствореної компанії і відносять сплачені відсотки за позикою на її витрати.

Стаття 9 у початковій редакції Директиви № 2016/1164 встановлювала правило, відповідно до якого якщо у двох державах-членах ЄС надається різна правова характеристика одного й того самого суб'єкта оподаткування, а також місця його постійної господарської діяльності, що призводить до подвійного вирахування, тоді вирахування з прибутку здійснюється лише в державі джерела доходу. Якщо ж гібридні невідповідності призводять до вирахування без

¹ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2–2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. URL: <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en> (дата звернення: 18.08.2023).

включення до податкової бази, держава-член ЄС відмовляє у вирахуванні за таким платежем.

У Директиві ЄС № 2017/952 від 29.05.2017 про внесення змін до Директиви (ЄС) 2016/1164 у частині гібридних розбіжностей із третіми країнами норми регулюють відносини, що виникають у державах-членах ЄС. Однак, оскільки компанії беруть участь у транскордонних операціях, в яких задіяні не лише держави-члени ЄС, вони можуть використовувати гібридні розбіжності для зниження своїх податкових зобов'язань у ЄС. Крім того, існують розбіжності, які не охоплюються статтею 9 Директиви № 2016/1164, наприклад, розбіжності гібридних постійних представництв або подвійних резидентів. Директива № 2017/952 охоплює і ці розбіжності та вимагає, щоб держави-члени ЄС або відмовляли у вирахуванні витрат, збитків чи платежів, або включили платежі до оподаткованого прибутку такої компанії у разі виникнення гібридної невідповідності.

Директива № 2017/952 застосовується лише у разі гібридної розбіжності між асоційованими підприємствами, між головним офісом та постійним представництвом, між двома або більше постійними представництвами того ж підприємства чи за структурованою домовленістю.

Директивою № 2017/952 охоплюються три типи розбіжностей: вирахування без включення, зворотний гібрид та подвійне вирахування.

Вирахування з прибутку компанії без включення означає, що в одній юрисдикції віднімається платіж з оподаткованого прибутку без відповідного включення такого платежа до юрисдикції, що його одержує. Якщо платіж виплачується підприємству, яке вважається непрозорим в одній юрисдикції, але визнається прозорим в іншій юрисдикції, тоді платіж не включається до оподаткованого прибутку одержувача, оскільки підприємство просто не існує для іншої держави.

Прикладом є використання голландської структури CV (товариство з обмеженою відповідальністю) / BV (приватна компанія з обмеженою відповідальністю)¹. Прибуток CV не підлягає оподаткуванню в Нідерландах за умови, що CV його не одержує від джерела в Нідер-

¹ Van Arkiel F. Will the new hybrid mismatch legislation solve everything? About implementing Article 9 of the Anti-Avoidance Directive regarding hybrid entity mismatches into Dutch law // Master thesis International Business Taxation / track: International Business Tax Law, Tilburg School of Law, Tilburg University, 2017. P. 29.

ландах і жоден із партнерів не є податковим резидентом Нідерландів. CV є прозорим для податкової системи Нідерландів, а отриманий ним прибуток підлягає оподаткуванню лише на рівні партнерів (у країні інкорпорації). Якщо останні є офшорними компаніями, то прибуток CV не оподатковується в Нідерландах.

При зворотній гібридній розбіжності підприємство вважається прозорим у юрисдикції ЄС, у якій воно було створено, та непрозорим в іншій юрисдикції. У такому разі гібридне підприємство розглядається як резидент цієї держави-члена ЄС, і тому прибуток гібридного підприємства оподатковуватиметься у цій державі-членові ЄС.

Подвійне вирахування з прибутку компанії – це вирахування одного й того самого платежу з податкової бази у кількох юрисдикціях. Така ситуація може виникнути, коли гібридний суб'єкт є посередницькою компанією. Особа (інвестор), яка контролює таку компанію, і сама компанія є резидентами різних держав. Платежі, що були здійснені гібридною компанією, відмінусовуються і в її державі, і в державі інвестора.

Вирішення проблеми гібридних схем лише на національному рівні є недостатнім, оскільки компанії переміщатимуть свої офіси в інші держави-члени ЄС або треті країни для використання альтернативної гібридної структури.

Європейська Комісія продемонструвала можливість швидкої розробки регіонального підходу на основі рекомендацій ОЕСР щодо боротьби з BEPS. Зважаючи на те, що тривалий час практику щодо заходів протидії податковим зловживанням формував лише Суд ЄС, Директива № 2016/1164 для європейської податкової політики має велике значення, оскільки завдяки їй Європейська Комісія має намір завадити кожній державі виконати рекомендації BEPS в односторонньому порядку, бо це призводить до фрагментації внутрішнього ринку.

З одного боку, Директива № 2016/1164 може бути належним інструментом реалізації заходів BEPS в ЄС. З іншого боку, незрозуміло, чи будуть повністю виконані завдання Директиви № 2016/1164, а саме запобігання фрагментації ринку, відповідність праву ЄС та забезпечення принципу правової визначеності шляхом нейтралізації гібридних розбіжностей.

Проблема полягає в тому, що Директива № 2016/1164 надає національним урядам країн ЄС надто багато варіантів дій на свій розсуд, що не сприяє їх узгодженості між собою.

Директива № 2016/1164 може створити зобов'язання щодо оподаткування, однак виникає питання щодо його співвідношення із зобов'язаннями за двосторонніми договорами щодо уникнення подвійного оподаткування. Держави-члени ЄС зобов'язані імплементувати Директиву в національне законодавство і одночасно виконувати зобов'язання, що випливають з міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування. До того ж, це створює колізію між зобов'язаннями за Директивою № 2016/1164 та національним правом. Держави-члени ЄС повинні імплементувати норми Директиви № 2016/1164 у національне право, внаслідок чого платники податків у своїй діяльності зможуть посилатися на цю Директиву. Якщо держава втрачає більше, ніж отримує внаслідок імплементации Директиви № 2016/1164, вона може внести зміни до деяких двосторонніх договорів щодо уникнення подвійного оподаткування, використовуючи їх для певних випадків та обходячи Директиву № 2016/1164.

Вирішенню цієї проблеми має допомогти Багатостороння конвенція ОЕСР щодо виконання заходів, що стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування (далі – MLI – Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting), що передбачена кроком 15 плану BEPS.

Головними положеннями MLI є тест основної мети. Він не дозволяє використовувати звільнення від сплати податків, встановлені міжнародними договорами про уникнення подвійного оподаткування (зокрема, знижені ставки податку на репатріацію), у тому випадку, якщо однією з основних цілей операції є отримання такого звільнення від сплати податку. Однак тест основної мети не є тестом на бенефіціарність, порівнювати їх не можна. Останній буде застосовувати податкова служба з метою донарахувань податку паралельно. Робити висновок про те, чи дотримується ця умова, будуть податкові органи.

MLI застосовуватиметься поряд із вже існуючими міжнародними договорами про уникнення подвійного оподаткування і тому не змінюватиме їх. Країнам необхідно буде вказати, які з договорів про уникнення подвійного оподаткування підпадуть під сферу дії MLI. Цей вибір буде застосовуватися до всіх договорів, які входять до сфери дії MLI. Вибір поділяється на три категорії: вибір («ні»), якщо не зазначено інше: методи усунення подвійного оподаткування (стаття 5), уникнення статусу постійного представництва за допомогою кон-

кретних винятків (стаття 13), Арбітраж (частина VI), розпорядження («так»), якщо не зазначено інше: гібридні невідповідності (статті 3, 4), уникнення статусу постійного представництва (статті 12, 14), інші зміни, що виникли в результаті дії кроку 6 BEPS (статті 8–11) та мінімальні стандарти, які є обов'язковими (мета угоди (стаття 6), запобігання зловживанню договорами про уникнення подвійного оподаткування (стаття 7), удосконалення вирішення спорів (стаття 16).

Для України як для країни, що приєдналася до MLI, і як для асоційованого члена ЄС у відносинах із державами-членами ЄС дуже важливі зазначені правила. Країни повинні вибрати ідентичні заходи для застосування до їх взаємовідносин. Україна відповідно до підпункту «с» пункту 17 статті 7 MLI може застосовувати спрощене положення про обмеження пільг відповідно до пункту 6 статті 7 MLI, яке передбачає обмеження кола осіб, які можуть застосовувати міжнародні договори про уникнення подвійного оподаткування (аналогічний варіант обрали Болгарія, Греція). Однак щодо багатьох таких договорів спрощене положення про обмеження пільг не застосовуватиметься, оскільки ці держави-партнери за такими договорами не обрали такий підхід. Однак у згаданих договорах про уникнення подвійного оподаткування буде введено правило основної мети, згідно з яким для застосування пільг за міжнародними договорами про уникнення подвійного оподаткування платник податків повинен фактично підтвердити у структурі чи угоді наявність основної мети, яка відрізняється від досягнення податкової економії.

MLI спрямована на усунення необґрунтованих схем із застосування пільг за міжнародними договорами про уникнення подвійного оподаткування, наприклад, шляхом використання гібридних схем.

Як зазначає В. Нікітін,¹ до основних проблем, з якими зіштовхуються країни при застосуванні основних способів та інструментів надання допомоги при міжнародному співробітництві щодо запобігання та протидії ухиленню від сплати податків на міждержавному рівні, належать: неузгодженість порядку збирання інформації, необхідної для боротьби з ухиленнями від сплати податків; явний брак систем автоматичного обміну такою інформацією; їх невідповідність стандартам автоматичного обміну, розробленим ОЕСР; нерозробленість процесу

¹ Нікітін В. В. До проблеми надання допомоги при міжнародному співробітництві щодо запобігання та протидії ухиленням від сплати податків. *Право і суспільство*. 2020. № 6–2. Частина 1. С. 119–120.

інтеграції інформації, отриманої від країн-партнерів в автоматичному режимі, до національних баз даних; невизначеність порядку відшкодування витрат, понесених при наданні взаємної адміністративної допомоги у податкових спорах; порушення конфіденційності інформації, отриманої й наданої для боротьби з ухиленням від сплати податків.

Розв'язання названих проблем на міждержавному рівні, на думку В. Нікітіна¹, здійснюється шляхом прийняття двосторонніх або багатосторонніх угод чи меморандумів про взаємодопомогу між різними країнами-учасницями Конвенції, в яких визначаються: а) взаємоузгоджені механізми подолання цих проблем; б) особливості практичного застосування окремих інструментів процесуального оформлення необхідних документів; в) часові проміжки в оформленні останніх; г) розподіл понесених витрат; д) механізми взаємодії між компетентними органами різних країн; е) види автоматичних систем для оброблення інформації тощо.

Отже на сьогодні протидія ухиленню від сплати податків у нашій державі набуває важливого значення, зумовлює безперервний пошук шляхів вирішення існуючих проблем удосконалення українського законодавства з урахуванням відповідної судової практики.

Слушною є думка науковців² про те, що «судова практика є особливою формою відображення характеру розвитку податкових правовідносин у процесі формування і реалізації норм податкового законодавства».

Крім того, міжнародно-правові зобов'язання, взяті Україною відповідно до Угоди про асоціацію з ЄС, зумовлюють наближення українського законодавства до права ЄС із питань протидії податковому шахрайству через імплементацію положень відповідних правових актів ЄС. У цьому контексті важливого значення набуває Директива ЄС № 2016/1164 від 12.07.2016 про встановлення правил протидії практикам ухилення від сплати податків, які мають безпосередній вплив на функціонування внутрішнього ринку, встановлює правила протидії практикам податкового шахрайства, які впливають на функціонування внутрішнього ринку ЄС.

¹ Нікітін В. В. До проблеми надання допомоги при міжнародному співробітництві щодо запобігання та протидії ухиленням від сплати податків. *Право і суспільство*. 2020. № 6–2. Частина 1. С. 120.

² Оніщик Ю., Тицишин О. Судова практика щодо оподаткування в умовах воєнного стану. *Адвокатська промова – 2022*: матеріали міжкафедрального наукового семінару, м. Київ, 25 листопада 2022 року / відп. ред. Н. В. Фастовець. Київ: КНУТД, 2022. С. 52–53.

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Атаманчук Наталія Іванівна, доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем правотворчості та адаптації законодавства України до права ЄС Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 3.4. у співавторстві з А. О. Монаєнко та М. О. Куц.

Гриняк Андрій Богданович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений юрист України, заступник директора Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України з наукової роботи – передмова у співавторстві з О. О. Котом.

Гуцуляк Володимир Казимирович, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 3.1.

Колодій Анатолій Миколайович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений юрист України, головний науковий співробітник відділу науково-правових експертиз Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 1.1. у співавторстві з О. А. Колодієм.

Колодій Олексій Анатолійович, доктор юридичних наук, старший викладач кафедри теорії держави та права Національної академії внутрішніх справ – підрозділ 1.1. у співавторстві з А. М. Колодієм.

Костицький Михайло Васильович, доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, член-кореспондент Національної академії педагогічних наук України, заслужений юрист України, головний науковий співробітник відділу приватноправових досліджень Науково-дослідного ін-

ституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 2.1.

Кот Олексій Олександрович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений юрист України, директор Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – передмова у співавторстві з А.Б. Гриняком.

Кузнецов Віталій Володимирович, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу науково-правових експертиз Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 1.3.

Купіна Людмила Францівна, доктор юридичних наук, професор, завідувачка відділу публічно-правових досліджень Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 2.3.

Куц Мар'яна Олегівна, кандидат юридичних наук, директор Департаменту методології Державної податкової служби України – підрозділ 3.4. у співавторстві з А.О. Монаєнком, Н.І. Атаманчук.

Михайлова Ірина Юріївна, кандидат юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу науково-правових експертиз Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 3.3.

Монаєнко Антон Олексійович, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, головний науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 3.4. у співавторстві із Н.І. Атаманчук, М.О. Куц.

Островська Богдана Василівна, доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 2.2.

Погрібний Сергій Олексійович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, головний науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України, суддя Верховного Суду – підрозділ 1.4. у співавторстві з А.В. Солодкою.

Простибоженко Олег Сергійович, кандидат юридичних наук, старший дослідник, старший науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 2.4.

Солодка Анастасія Володимирівна, помічник судді Верховного Суду – підрозділ 1.4. у співавторстві з С.О. Погрібним.

Федорченко Наталія Володимирівна, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу приватноправових досліджень Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 3.2.

Шакун Василь Іванович, доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України, головний науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України – підрозділ 1.2.

Наукове видання

ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО ТА ПРАВОВА ДЕРЖАВА: ВИКЛИКИ СЬОГОДЕННЯ

Монографія

*За загальною редакцією
О. О. Кота, А. Б. Гриняка,
Л. Ф. Купіної, В. І. Шакуна*

Відповідальний за випуск
Комп'ютерна верстка
Обкладинка

О. В. Діордійчук
Д. М. Алексєєв
В. С. Жиборовський

Підписано до друку 25.10.2023 р. Формат 60 x 84 ¹/₁₆.
Папір офсетний. Гарнітура «Times New Roman».
Друк офсетний. Умовн.-друк. арк. 17,67.

Видавництво «Алерта»

04210, м. Київ, а/с 112.

Тел.: (044) 223-15-25, (099) 607-97-62.

Е-mail: alerta.pravoednist@gmail.com, веб-сайт: alerta.kiev.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 788 від 29.01.2002 р.