



АНАЛІТИК
АУДИТОРСЬКА ФІРМА



ЕКОНОМІКА ФІНАНСИ ПРАВО

ЩОМІСЯЧНИЙ ІНФОРМАЦІЙНО-АНАЛІТИЧНИЙ ЖУРНАЛ

№ 7/1'2021

(видається з 1994 року)

ISSN 2409-1944 (Print)

[https://doi.org/10.37634/efp.2021.7\(1\)](https://doi.org/10.37634/efp.2021.7(1))

Журнал включено до переліку наукових фахових видань України, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата з економічних і юридичних наук

Наказ Міністерства освіти і науки України від 02 липня 2020 р. № 886 (економічні науки).

Наказ Міністерства освіти і науки України від 24 вересня 2020 р. № 1188 (юридичні науки).

Рішення Аудиторської палати України від 21.12.2017 р. № 353/10 (облік та аудит).

Реєстраційне свідоцтво КВ № 21620-11520ПР від 12 жовтня 2015 р.

Журналу присвоєно міжнародний ідентифікаційний номер ISSN 2409-1944 та включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus.

Префікс doi журналу: 10.37634/efp.

2021 р.). Повний або частковий передрук матеріалів журналу допускається лише за згодою редакції.

Відповідальність за добір і викладення фактів несуть автори. За зміст та достовірність реклами несе відповідальність рекламодавець.

Підписано до друку 30.07.2021

Формат 60/84/8

Наклад – 250 прим.

Адреса редакції: 01001, м. Київ, вул. Хрещатик, 44

Телефони: (050) 735-43-41, (096) 221-88-61

Факс: (044) 278-05-88

E-mail: efp.redaktor@gmail.com

Сайт: www.efp.in.ua

Засновники:

Аудиторська фірма "Аналітик" спільно з Національною академією внутрішніх справ України

Статті обов'язково проходять

відбір, внутрішнє і зовнішнє рецензування

Рекомендовано до друку та до поширення через мережу Інтернет Вченою радою Національної академії внутрішніх справ України (Протокол № 11 від 15 липня



Суб'єкт видавничої справи

© "Аналітик", 2021
© "Економіка. Фінанси. Право",
2021

Типографія: ТОВ "Міжнародний бізнес центр"



АНАЛІТИК
АУДИТОРСЬКА ФІРМА



ECONOMICS FINANCES LAW

MONTHLY INFORMATIONAL AND ANALYTICAL JOURNAL

№ 7/1'2021

(issued from 1994)

ISSN 2409-1944 (Print)

[https://doi.org/10.37634/efp.2021.7\(1\)](https://doi.org/10.37634/efp.2021.7(1))

Journal is included in the list of scientific professional editions of Ukraine, which can be published results of dissertations for the degree of doctor and candidate (PhD).

Order of Ministry of Education and Science of Ukraine № 886 of July 02, 2020 (economic sciences).

Order of Ministry of Education and Science of Ukraine № 1188 on September 24, 2020 (legal sciences).

Order of Audit Chamber of Ukraine № 353/10 on December 21, 2017 (accounting and audit).

Registration Certificate – KV № 21620-11520PR on October 12, 2015.

Journal is awarded the international identification number ISSN 2409-1944 and included in the international Scientometrics base Index Copernicus.

Journal's DOI: 10.37634/efp.

Founders:

Audit firm "Analytik" jointly with the National Academy of Internal Affairs of Ukraine

Articles must pass

selection, internal and external review

Recommended for publication and dissemination through the Internet by the Academic Council of the National Academy of Internal Affairs of Ukraine (Protocol № 11 of July 15, 2021). Full or partial reprint of the

materials of the journal is allowed only with the consent of the editorial office.

The authors are responsible for the selection and presentation of the facts. The content and authenticity of the advertisement is the responsibility of the advertiser.

Signed for print 30.07.2021

Format 60/84/8

Publication – 250 copies

Address of the editorial office: 01001, Kyiv,

Khreshchatyk str., 44

Phones: (050) 735-43-41, (096) 221-88-61

Fax: (044) 278-05-88

E-mail: efp.redaktor@gmail.com

Web: www.efp.in.ua



*The subject of
publishing*

© "Analytik", 2021
© "Economics. Finances. Law",
2021

Typography: LLC "International Business
Center"

Головний редактор

Левченко Валентина Петрівна, д.е.н., член Ради нагляду за аудиторською діяльністю Органу суспільного нагляду за аудиторською діяльністю, директор ВПГО «Спілка аудиторів України»

Шеф-редактор

Головач Володимир Володимирович, к.ю.н., голова правління ПрАТ «Аудиторська фірма "Аналітик"», Заслужений юрист України

Члени редакційної колегії з економічних наук:

Бойко Антон Олександрович, к.е.н., доцент кафедри економічної кібернетики, Сумський державний університет

Величко Олена Георгіївна, радник першого віце-прем'єра міністра України – Міністра економічного розвитку і торгівлі України

Верезубова Тетяна Анатоліївна, д.е.н., професор, завідувач кафедри фінансів, Білоруський державний економічний університет

Герасимович Анатолій Михайлович, д.е.н., професор, Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана

Головач Тетяна Анатоліївна, д.е.н., професор, аудитор, заступник директора з наукової роботи Інституту аудиту

Криштова Ірина Ігорівна, д.е.н., професор, професор кафедри обліку і оподаткування Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

Манцевич Юрій Миколайович, д.е.н., доцент, вчений секретар Державного підприємства «Науково-дослідний і проектний інститут містобудування»

Полякова Євгенія Сергіївна, к.е.н., доцент кафедри фінансів та банківської справи, проректор з науково-педагогічної роботи (навчальний процес) Вищого навчального закладу «Міжнародний технологічний університет «Миколаївська політехніка»

Потишняк Олена Миколаївна, д.е.н., професор, професор кафедри організації виробництва, бізнесу та менеджменту Харківського національного технічного університету сільського господарства імені Петра Василенка

Прушківський Володимир Геннадійович, д.е.н., професор, перший проректор Запорізького національного технічного університету

Сіскос Евангелос, д.е.н., професор, Університет Західної Македонії

Ткаченко Сергій Анатолійович, д.е.н., професор, ректор Вищого навчального закладу «Міжнародний технологічний університет «Миколаївська політехніка»», Академік Академії економічних наук України

Тринчук Віктор Вікторович, к.е.н., доцент кафедри туристичного та готельного бізнесу Національного університету харчових технологій

Чижевська Людмила Віталіївна, д.е.н., професор, професор кафедри обліку і аудиту Державного університету «Житомирська політехніка», академік Академії економічних наук України

Члени редакційної колегії з правових наук:

Балгіббекова Гульнара, к.ю.н., завідувач кафедри конституційного та міжнародного права, Карагандинський державний університет ім. Е.А. Букетова

Василинчук Віктор Іванович, д.ю.н., професор, професор кафедри оперативно-розшукової діяльності Національної академії внутрішніх справ, заслужений юрист України, полковник поліції

Глушков Валерій Олександрович, д.ю.н., проф., заслужений юрист України, академік Міжнародної академії безпеки та конфліктології

Константинов Сергій Федорович, д.ю.н., професор, завідувач кафедри адміністративної діяльності НАВС

Луць Володимир Васильович, д.ю.н., професор, заслужений діяч науки і техніки України, академік Національної академії правових наук України

Мусін Куат Саніяданович, к.ю.н., старший викладач кафедри конституційного та міжнародного права, Карагандинський державний університет ім. Е.А. Букетова

Озерський Ігор Володимирович, д.ю.н., професор, професор кафедри цивільного та кримінального права і процесу Чорноморський національний університет імені Петра Могили, академік Національної академії наук вищої освіти України

Скоржевська-Амберг Малгожата, доктор філософії, адвокат, Університет Козмінського, юридичний коледж, кафедра теорії, філософії та історії права (Польща)

Фрицький Юрій Олегович, д.ю.н., професор, завідувач кафедри конституційного, адміністративного права та соціально-гуманітарних дисциплін, Інститут права та суспільних відносин Університету "Україна". Заслужений юрист України.

Яровий Анатолій Олександрович, к.ю.н., доцент, професор кафедри права публічного адміністрування Маріупольського державного університету, суддя у відставці

Відповідальний редактор: Поповецька-Демченко Леся Петрівна

Випусковий редактор: Туманян Анна Оганесівна

Editors-in-chief

Valentyna P. Levchenko, Doctor of Economics, member of the Supervisory Board for audit activity of the Authority public oversight for audit activity, Director of the All-Ukrainian Professional Non-Governmental Organization "Union of Auditors of Ukraine"

Volodymyr V. Holovach, PhD in Legal Sciences, Head of the Board of the Audit Firm "Analytik", Honored Lawyer of Ukraine

Members of the editorial board of Economic Sciences:

Anton O. Boiko, PhD in Economics, Associate Professor of Economic Cybernetics Department, Sumy State University

Olena H. Velychko, Advisor to the First Vice Prime Minister of Ukraine - Minister of Economic Development and Trade of Ukraine

Tatyana A. Verzubova, Doctor of Economics, Professor, Head of the Department of Finances, Belarusian State Economic University

Evangelos Siskos, Doctor of Economics, Professor, University of Western Macedonia

Anatolii M. Herasymovych, Doctor of Economics, Professor, Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman

Tetiana A. Holovach, Doctor of Economics, Professor, auditor, deputy director for scientific work of the Institute of Audit

Iryna I. Kryshropa, Doctor of Economics, Professor, Professor of Accounting and Taxation Department, Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman

Yurii M. Mantsevych, Doctor of Economics, Associate Professor, Scientific Secretary of the State Enterprise "Research and Design Institute of Urban Development"

Yevhenia S. Poliakova, PhD in Economics, Associate Professor of Finances and Banking Department, vice-rector for scientific and pedagogical work, Higher Educational Institution «International Technology University "Mykolaiv Polytechnic"»

Olena M. Potyshniak, Doctor of Economics, Professor, Professor of the organization of production, business and management Department of the Kharkiv Petro Vasylenko National Technical University of Agriculture

Volodymyr H. Prushkivskiy, Doctor of Economics, Professor, First Vice-Rector of the Zaporizhia National Technical University

Serhii A. Tkachenko, Doctor of Economics, Professor, Rector of the Higher Educational Institution «International Technology University "Mykolaiv Polytechnic"», Academician of the Academy of Economic Sciences of Ukraine

Viktor V. Trynchuk, PhD in Economics, Associate Professor of tourism and hotel business department, National University of Food Technology

Liudmyla V. Chyzhevska, Doctor of Economics, Professor, Professor of Accounting and Auditing Department, State University "Zhytomyr Polytechnic", Academician of the Academy of Economic Sciences of Ukraine

Members of the editorial board of Legal Sciences:

Gulnara Balgimbekova, PhD in Legal Sciences, Head of the constitutional and international law department, Karagandy State University named after E.A. Buketov.

Serhii F. Konstantinov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Administrative Activity Department of the National Academy of Internal Affairs

Viktor I. Vasylynchuk, Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor of the Operational and Investigating Department of the National Academy of Internal Affairs, Honored Lawyer of Ukraine, Colonel of the Police

Valerii O. Hlushkov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Academician of the International Security and Conflict Academy

Volodymyr V. Luts, Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Worker of Science and Technology of Ukraine, Academician of National Academy of Law Sciences of Ukraine

Kuat S. Musin, PhD in Legal Sciences, Senior Lecturer of the constitutional and international law department, Karagandy State University after E.A. Buketov.

Ihor V. Ozerskyi, Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor of the Civil and Criminal Law and Process Department of Black Sea National University after Petro Mohyla, Academician of the National Academy of Sciences of Higher Education of Ukraine

Malgorzata Skorzevska-Amberg, PhD, DSc, Kozminski University, College of Law, department of Theory, Philosophy and History of Law (Poland)

Yurii O. Frytskyi, Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Constitutional, Administrative Law and Social and Humanitarian disciplines Department, Law and Public Relations Institute of the "Ukraine" University, Honored Lawyer of Ukraine

Anatolii O. Yarovyii, PhD in Legal Sciences, Professor of Law and Public Administration Department, Mariupol State University, retired judge

Managing editor: Lesia P. Popovetska-Demchenko

Issue Editor: Anna O. Tumanian

ЗМІСТ

РИЖУК І.В., ГАЛУС О.О., БРИГІНЕЦЬ О.О. Місце органів місцевого самоврядування у системі публічного управління туристичною діяльністю в умовах фінансової децентралізації	5
БУНІНА А.П. Проблемні питання заміни або відмови від адвоката-захисника, який надає безоплатну вторинну правову допомогу у кримінальному процесі	9
ЗАВГОРОДНЯ Т.І. Згода у кримінальних правопорушеннях проти статевої свободи та статевої недоторканості особи	15
ФРАНЧУК Т.А. Особливості організаційно-правового забезпечення використання доказів Державною прикордонною службою України в адміністративному провадженні	18
САМОЙЛОВ В.П. Окремі проблеми юридичної конструкції спеціальної конфіскації за кримінальним правом України	24
УСИК В.О., ВОЙТКО С.В. Управління ризиками, які генеруються під час використання платіжних систем ...	30

CONTENTS

I. RYZHUK, O. HALUS, O. BRYHINETZ. The place of local government bodies in the system of public governance of tourist activity in the conditions of financial decentralization	5
A. BUNINA. Problematic issues of replacement or waiver of the right to accept a defense lawyer's services who provides free secondary legal aid in criminal proceedings	9
ZAVHORODNIA T. Consent in criminal offences against sexual freedom and sexual inviolability of a person ...	15
T. FRANCHUK. The main peculiarities of legal adjusting for the use of evidence by the State Border Guard Service of Ukraine in administrative proceedings	18
V. SAMOILOV. Issues of the legal construction of special forfeiture under the criminal law of Ukraine	24
V. USYK, S.VOITKO. Risk management related to the use of payment systems	30



Ірина Володимирівна РИЖУК

к.ю.н., доцент кафедри,

Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5916-3774>

e-mail: irina.ryzhuk.vl@gmail.com



Олена Олександрівна ГАЛУС

к.ю.н., доцент, Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5474-3323>

e-mail: elenhalus@gmail.com



Олександр Олексійович БРИГІНЕЦЬ

д.ю.н., доцент, професор кафедри, Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4058-7566>

e-mail: BriginetsO@meta.ua

МІСЦЕ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У СИСТЕМІ ПУБЛІЧНОГО УПРАВЛІННЯ ТУРИСТИЧНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ В УМОВАХ ФІНАНСОВОЇ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ

У статті констатується поступове відродження туристичної діяльності. Визначено, що система управління туристичною галуззю в умовах децентралізації в Україні є невпорядкованою, побудованою на лобістських засадах, складається з різних за кількістю та якістю посадових осіб, має недостатнє фінансування та нецільове використання виділених коштів. Доведено важливість створення в умовах децентралізації такого механізму управління, який буде ефективним навіть за умови мінімального фінансування туристичної галузі, різної кількості працівників у даній сфері та забезпечуватиме високий рівень їх професіоналізму. Запропоновано створення туристичних відділів на регіональному та місцевому рівнях; здійснення підготовки та підвищення кваліфікації фахівців-управлінців, якими у зв'язку із займаною посадою будуть виконуватись покладені повноваження у сфері туризму.

Ключові слова: туризм, управління туристичною діяльністю, публічне управління, реформування туристичної діяльності, органи місцевого самоврядування, фінансова децентралізація

ВСТУП

В останні десятиліття туризм набув ознак масовості. Останні статистичні дані свідчать про поступове відродження туристичної діяльності після 2020 р., насамперед це відбувається на місцевому рівні. Вітчизняна туристична галузь відіграє надзвичайно важливу роль у соціально-економічному житті країни. Зростає її статус та зацікавленість держави у подальшому розвитку галузі, посилюється вплив туризму практично на всі сфери життя й діяльності людини. Адже масовий розвиток туризму дозволяє мільйонам людей значно розширити знання з історії своєї держави та інших держав, зробити їх більш стійкими, конкретними, образними, краще зрозуміти хід і значення розвитку та життєдіяльності окремих держав та звичаїв інших народів. В окремих державах туризм стає все більш вагомою статтею державного доходу і входить у число найбільш перспективних галузей національної економіки.

МЕТА статті – визначення місця органів місцевого самоврядування у системі публічного управління туристичною діяльністю в умовах фінансової децентралізації.

МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Ця робота базується на працях вітчизняних і закордонних вчених, а також на матеріалах періодичних видань, статистичних збірниках. У проведенні дослідження використовувалися методи аналізу й синтезу, порівняння та узагальнення.

РЕЗУЛЬТАТИ

Туристична діяльність, незважаючи на події 2020 р., продовжує залишатися однією з найбільш перспективних напрямів соціально-економічного розвитку держави та її територіальних утворень. До 2020 р. туризм акумулював значну частину валового продукту у світі, а в окремих державах даний показник перевищував 40%. Не є винятком і провідні європейські країни вже понад 20 років заробляють мільярди євро на туристичному бізнесі. Дані Світової ради з подорожей та туризму (WTTC) свідчать, що лише у 2017 р. частка туризму у світовій економіці склала 10,4%, а з кожним роком вона лише зростає, що має наслідком збільшення нових робочих місць для громадян. WTTC інформує, що кожна десята вакансія у світі пов'язана саме з туризмом, а загалом у галузі нараховується близько 313 млн робочих місць. Оцінюючи середні показники

у світі, констатується, що Україна отримує від туризму в десять разів менше прибутків. Отже, з одного боку, можна говорити про недосконалість туристичної галузі в Україні, а з іншого – про потенціал нашої країни у розвитку туристичної сфери. Наразі частка туризму в Україні складає 1,5 % ВВП, тоді як світ демонструє показник у 10 %. Наведений показник свідчить про те, що туристична галузь може стати одним із важливих факторів економічного розвитку України. Наша держава має чим зацікавити туристів як внутрішніх, так і іноземних, маючи «туристичні комплекси», які є унікальними та неповторними. Варто погодитися з О.В. Ключковським та В.О. Ключковською В.О., які стверджують, що формування ефективної системи туристичного бізнесу значною мірою залежить від ефективності державного та регіонального механізму управління цією сферою, зацікавленістю держави й окремо взятих регіонів у розвитку туризму [1, с. 278]. Тому в умовах проведення реформи з децентралізації публічної влади все більшої актуальності набуває питання наділення органів місцевого самоврядування, особливо об'єднаних територіальних громад, повноваженнями у сфері туризму та курортів.

Задля впровадження ефективних механізмів розвитку туристичної галузі є необхідним здійснення аналізу їх інституційної та правової складової. Так, основними суб'єктами регулювання туристичної діяльності виступають Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Міністерство культури та інформаційної політики України, у складі якого функціонує Державне агентство розвитку туризму України, обласні та районні державні адміністрації, а також органи місцевого самоврядування – обласні, районні, міські, сільські та селищні ради, об'єднані територіальні громади. Розглянемо функціонування вищезазначених суб'єктів системи управління туризмом на державному, регіональному та місцевому рівнях в умовах децентралізації влади в Україні та їх взаємодію між собою. Так, Верховна Рада України здійснює законотворчу діяльність у сфері туризму, прийняття законів України про Державний бюджет України тощо. У складі парламенту зазвичай функціонував комітет, який спеціалізувався саме на питаннях туризму, але на сьогодні створення такого комітету законодавчо не передбачено. Кабінет Міністрів України є вищим органом виконавчої влади України, який приймає постанови, розпорядження, що регулюють діяльність у всіх сферах державного управління, зокрема й у сфері туризму. Окрім того, уряд приймає рішення зі встановлення двосторонніх зв'язків з іншими країнами стосовно розвитку туризму. Важливим елементом системи управління сферою туризму на регіональному та місцевому рівнях в умовах децентралізації влади в Україні є обласні та районні державні адміністрації, які представляють центральну виконавчу владу в регіоні, яким рекомендовано створити підрозділи з питань туризму та курортів. Вид структурних підрозділів (департамент, управління, відділ, сектор) та їх статус як юридичних осіб публічного права визначається головною обласної чи районної державної адміністрації залежно від складності поставлених завдань.

Основну правову базу діяльності туристичної

галузі нашої держави було закладено Законом України «Про туризм» [2], який і донині являється основоположним законодавчим актом, що визначає загальні правові, організаційні, виховні та соціально-економічні засади реалізації державної політики у галузі туризму, всебічно регламентує туристичну діяльність в Україні, створює умови для стимулювання ділової активності суб'єктів туристичного підприємництва, забезпечує оптимальний рівень державного регулювання процесу розвитку вітчизняного туризму. Важливим також є Закон України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України», за допомогою якого визначається порядок здійснення права громадян України на виїзд з України і в'їзд в Україну, порядок оформлення документів для зарубіжних поїздок, випадки тимчасового обмеження права громадян на виїзд з України і встановлюється порядок розв'язання спорів у сфері туризму [3]. Вищезгадані нормативно-правові акти стали правовим підґрунтям для розроблення інших документів, що регламентують окремі аспекти чи напрями регулювання та розвитку туристичної діяльності. Також до таких можемо віднести Укази Президента України «Про підтримку розвитку туризму в Україні» [4] та від 14.12.2001 р. «Про заходи щодо забезпечення реалізації державної політики у галузі туризму» [5]. У перерахованих вище нормативно-правових актах основна увага приділяється регулюванню окремих напрямів функціонування туристичної діяльності. Аналіз їх змісту свідчить про те, що вони різняться залежно від ієрархічного рівня та охопленої території, методичними підходами до їх розроблення. Значна кількість діючих програм розвитку туризму носять декларативний характер, на чому акцентують увагу науковці [6; 7], містять загальну інформацію про стан туристичної галузі, основні проблеми, наявний ресурсний потенціал, який може бути використаний з метою їх вирішення, сукупність запланованих заходів. Водночас негативним аспектом є відсутність визначення джерел отримання ресурсів для здійснення запланованих заходів, механізмів перевірки стану їх виконання. Окрім того, у чинних нормативно-правових актах не визначені напрями взаємодії органів державної влади та місцевого самоврядування, що набуває більшої актуальності із врахуванням процесу децентралізації.

В умовах децентралізації влади в Україні значно зростає роль органів місцевого самоврядування як важливих інституцій у системі управління сферою туризму на місцевому рівні. Відповідно до Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні одним з основних повноважень органів місцевого самоврядування обласного рівня є забезпечення розвитку туризму. Закон України «Про місцеве самоврядування» у ст. 44 закріплює за районними та обласними радами можливість делегувати місцевим державним адміністраціям повноваження відносно забезпечення розвитку туризму на відповідній території. Стосовно статей, що визначають повноваження місцевих рад та виконавчих органів місцевих рад, вони безпосередньо не закріплюють компетенцію муніципальних органів у сфері туризму та курортів [8]. На відміну від нього Закон України «Про туризм» закріплює за органами місцевого

самоврядування низку повноважень у сфері туризму та курортів. Зокрема, місцеві ради затверджують місцеві програми розвитку туризму, в яких визначають основні напрями освоєння та розвитку туристичних ресурсів. Сільські, селищні, міські ради також визначають кошти місцевих бюджетів для фінансового забезпечення цих місцевих програм розвитку туризму; дають доручення власним виконавчим органам з фінансування місцевих програм розвитку туризму за рахунок коштів місцевого бюджету; вживають заходів для стимулювання суб'єктів господарювання, які здійснюють діяльність із надання туристичних послуг. Виконавчі органи місцевого самоврядування наділяються повноваженнями з розроблення проєктів місцевих програм розвитку туризму; вжиття заходів відносно виконання цих програм; залучення на договірних засадах підприємств, установ і організацій, які розташовані на відповідній території, до розв'язання проблем розвитку місцевого туризму та підтримки туристичних ресурсів; організації проведення інвентаризації туристичних ресурсів місцевого значення; сприяння охороні та збереженню туристичних ресурсів; залучення місцевого населення до туристичної діяльності, створюючи нові робочі місця; сприяння розвитку на відповідній території різних видів туризму. На органи місцевого самоврядування також покладено низку обов'язків із забезпечення безпеки у галузі туризму; здійснення контролю за додержанням вимог законодавства з питань туристичної діяльності, перевірки якості туристичних послуг, додержання ліцензійних умов, норм і правил стосовно здійснення туристичної діяльності; накладення відповідно до закону стягнення і вжиття інших заходів за порушення законодавства у галузі туризму. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові і службові особи у галузі туристичної діяльності за порушення законодавства несуть відповідальність, яка передбачена законом [2].

Сьогодні повноваження центральних та місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування у сфері туристичної діяльності досить часто перетинаються, спостерігається відсутність узгодженості та координації запланованих заходів. Із врахуванням того, що Україна перебуває у процесі децентралізації влади, у Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні окреслено основні проблеми на регіональному та місцевому рівнях, і зазначено стосовно необхідності розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування на засадах децентралізації влади; запровадження механізму державного контролю за відповідністю рішень органів місцевого самоврядування, а також Конституції та законам України та якістю надання населенню публічних послуг; максимального залучення населення до прийняття управлінських рішень, сприяння розвитку форм прямого народовладдя [9]. Зазначені положення створюють підґрунтя для ефективної системи управління сферою туризму на регіональному та місцевому рівнях в умовах децентралізації влади в Україні.

Вкрай важливим є те, що туризм необхідно планувати на комплексній основі, брати до уваги всі ас-

пекти законодавства, що стосуються інших секторів, таких як транспорт, зайнятість, охорона здоров'я, сільське господарство, зв'язок тощо. На сьогодні система управління туристичною галуззю на регіональному та місцевому рівнях в умовах децентралізації в Україні залишається неупорядкованою, побудованою на лобістських засадах, має нерегульований нерівномірний склад штатних осіб, недостатнє фінансування, нецільове використання виділених коштів. Негативним чинником є те, що система управління сферою туризму на регіональному та місцевому рівнях залежить від людського фактору, що спричиняє її нестійкість перед впливом політичних сил. Зазначене обумовлює важливість створення в умовах децентралізації такого механізму управління, який буде ефективним навіть за умови мінімального фінансування туристичної галузі, різної кількості працівників у даній сфері та забезпечуватиме високий рівень їх професіоналізму. Задля реалізації зазначеного необхідно створити туристичні відділи на регіональному та місцевому рівнях; здійснювати підготовку та підвищення кваліфікації фахівців-управлінців для сфери туризму та розробити кваліфікаційні вимоги. Важливим напрямом є удосконалення чи зміна базового закону, що повною мірою не відповідає сучасним реаліям та потребує внесення комплексних змін, які б забезпечували інтереси та сучасні потреби суспільства. Необхідно закласти нові засади розвитку цієї галузі, враховуючи міжнародний досвід, світові тенденції та запити суспільства. Зміни мають стосуватися спрощення дозвільних процедур, понятійного апарату, необхідності створення єдиної електронної інформаційної системи суб'єктів туристичної діяльності, питань зайвого навантаження на бізнес та встановлення дієвого механізму державного нагляду, а також статистичної звітності.

ВИСНОВКИ

Туристична сфера в усьому світі зазнає збитків внаслідок заходів з протидії пандемії COVID-19. Однак ситуацію, що склалася, слід розглядати не лише як проблему, але й як можливості для виведення туристичної сфери в Україні на якісно новий рівень. Тобто для стрімкого та успішного розвитку туристичної галузі в Україні необхідно віднайти внутрішні резерви для збільшення попиту на вітчизняні туристичні продукти, зростання способів задоволення вимог споживачів до наповнення, різноманітності та якості туристично-рекреаційних послуг. Впровадження низки заходів, зокрема змін до чинного законодавства, надасть змогу зменшити до мінімуму корупційну складову у частині організації туристичної діяльності, створить рівні права для всіх суб'єктів, умови для ефективного функціонування ринку та його розвитку. У результаті чого реальним стане підвищення якості національного туристичного продукту до рівня міжнародних та європейських стандартів.

Список використаних джерел

1. Ключковський О.В., Ключковська В.О. Роль органів місцевого самоврядування в розвитку візного та внутрішнього туризму. *Економіка і організація управління*. 2016. № 2 (22). С. 277–281.
2. Про туризм: Закон України від 15.09.1995 № 324/95-ВР. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/

ed_1995_09_15/Z950324.html

3. Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України: Закон України від 21.01.1994 № 3857–XII. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3857–12#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3857-12#Text)

4. Про підтримку розвитку туризму в Україні: Указ Президента України від 02.03.2001 № 127/2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/127/2001#Text>

5. Про заходи щодо забезпечення реалізації державної політики у галузі туризму: Указ Президента України від 14.12.2001 № 1213/2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1213/2001#Text>

6. Козловський Є.В. Державне регулювання в галузі туризму: становлення та розвиток в Україні: автореф. дис. ... канд. держ. упр.: 25.00.02. Київ, 2008. 18 с.

7. Мельниченко О.А. Теоретико-методологічні основи державного регулювання туризму. *Державне будівництво*. 2010. № 2. URL: https://tourlib.net/statti_ukr/melnychenko_o2.htm

8. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 № 280/97-ВР. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/Z970280.html

9. Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Постанова Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333–2014-%D1%80#n8](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80#n8)

References

1. Klochkovskiy O.V., Klochkovska V.O. The role of local governments in the development of inbound and domestic tourism. *Economics and organization of management*. 2016. № 2 (22), pp. 277–281. (in Ukrainian).

Iryna RYZHUK

PhD in Legal Sciences, Associate Professor of department, Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5916-3774>

e-mail: irina.ryzhuk.vl@gmail.com

Olena HALUS

PhD in Legal Sciences, Associate Professor, Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law. ORCID:

<https://orcid.org/0000-0002-5474-3323>

e-mail: elenhalus@gmail.com

Oleksandr BRYHINETS

Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Professor of department, Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4058-7566>

e-mail: BriginetsO@meta.ua

THE PLACE OF LOCAL GOVERNMENT BODIES IN THE SYSTEM OF PUBLIC GOVERNANCE OF TOURIST ACTIVITY IN THE CONDITIONS OF FINANCIAL DECENTRALIZATION

The paper states the gradual revival of tourism, both in Ukraine and in the world. That is why we believe that tourism, especially in the western and southern regions of our country can become a significant driver of economic development of local communities. For the rapid and successful development of the tourism industry in Ukraine, it is necessary to find internal reserves to increase demand for domestic tourism products, increase ways to meet consumer demands for content, diversity and quality of tourism and recreation services. It is determined that the system of management of the tourism industry in the context of decentralization in Ukraine is disorganized, built on lobbying principles, consists of different in number and quality of officials, has insufficient funding and misuse of allocated funds. The importance of creating a decentralized management mechanism in the conditions of decentralization, which will be effective even with minimal funding of the tourism industry, different number of employees in this field and will ensure a high level of their professionalism. It is proposed to create tourist departments at the regional and local levels; training and retraining of specialists-managers, who in connection with the position will perform the assigned powers in the field of tourism. A separate area is the improvement or change of the law on tourism adopted in 1995, which does not fully meet modern realities and requires comprehensive changes that would meet the interests and modern needs of society. We believe that it is very important that tourism should be planned on a comprehensive basis, taking into account all aspects of legislation relating to other sectors that have a direct or indirect impact on it.

Keywords: tourism, management of tourist activity, public administration, reforming tourism activities, local governments, financial decentralization

Аліна Павлівна **БУНІНА**

аспірантка, Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка; головний спеціаліст з питань забезпечення діяльності Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини сектору судової роботи та міжнародного співробітництва у Луганській області відділу судової роботи та міжнародної правової допомоги, Східне міждержавне управління Міністерства юстиції (м. Харків)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5621-345X>

e-mail: drepina91@i.ua

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАМІНИ АБО ВІДМОВИ ВІД АДВОКАТА-ЗАХИСНИКА, ЯКИЙ НАДАЄ БЕЗОПЛАТНУ ВТОРИННУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У статті проаналізовано неоднорідне застосування чинного законодавства у практичній діяльності судами, автором пропонується внесення змін до процесуальних норм, якими регулюються дані відносини, зокрема, розгляд питання відмови (заміни) від адвоката в межах окремого процесу, обґрунтовується необхідність такого розгляду і прийняття рішення слідчим суддею. Пропоновані зміни, на погляд автора, визначають єдність підходу у вирішенні даних питань, пов'язаних зі зміною чи відмовою підозрюваного (обвинуваченого) від захисника, зберігаючи підзахисному право на вільний вибір адвоката й захищаючи його від розголошення обраної лінії захисту стороні обвинувачення.

Ключові слова: безоплатна вторинна правова допомога, центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги, інститут адвокатури, адвокат, правова допомога, адвокатура

ВСТУП

Право на захист та безперешкодний доступ до адвоката у кримінальному процесі чітко закріплено як нормами національного законодавства, так і міжнародними актами. Але ж основною метою даних положень є саме забезпечення цього права та практична його реалізація. Важливими суб'єктами кримінального провадження, від яких залежить рівень обізнаності осіб, які притягуються до кримінальної відповідальності, є слідчий, прокурор, слідчий суддя, які зобов'язані роз'яснити такій особі право мати захисника та тим самим реально забезпечити право останнього отримати професійну правову допомогу з боку призначеного або обраного ним самостійно захисника. Вчасно надана можливість скористатись таким правом дає підзахисним спроможність захищатися від підозри та обвинувачення за допомогою кваліфікованої правової допомоги.

Водночас нормами чинного законодавства України, а саме ч. 1 ст. 54 КПК України, також передбачена можливість відмови від захисника або його заміни. Але ж дане положення має деякі проблеми у плані його практичної реалізації, що пов'язано передусім із недостатньою визначеністю правових підстав заміни або відмови від захисника.

Окремі аспекти цієї проблеми були досліджені Т.В. Волошанівською, А.І. Дерев'янко, Д.І. Сакун [1, С. 528–531] С.В. Сліньком, С.О. Іваницьким та ін. [2, С. 3–6], однак більшість наукових розробок стосувалася загальних проблем реалізації права на захист підозрюваного/обвинуваченого. Водночас окремої уваги потребують питання реалізації права на заміну чи відмову від захисника, який надає безоплатну вторинну правову допомогу.

МЕТА роботи – аналіз актуальних проблем, що виникають у разі заміни або відмови від адвоката-захисника, який надає безоплатну вторинну правову допомогу у кримінальному процесі.

МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Основним методологічним та інформаційним підґрунтям роботи є національне законодавство та судова практика. У проведенні досліджень використано методи статистичних спостережень, системного аналізу, узагальнення та інші методи наукового пізнання.

РЕЗУЛЬТАТИ

Ст. 24 Закону «Про безоплатну правову допомогу» № 3460–VI від 2 червня 2011 р. [3] визначено підстави та порядок заміни адвокатів або працівників Центрів із надання безоплатної вторинної правової допомоги (далі – Центр). Тобто підозрюваний, обвинувачений має право відмовитись від призначеного Центром адвоката та укласти договір з іншим адвокатом (на платних засадах), або захищати себе самостійно. Водночас ст. 52 КПК України визначено випадки обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні. У згаданих ситуаціях відповідно до ч. 3 ст. 54 КПК України відмова від захисника не приймається у випадку, якщо його участь є обов'язковою. У такому разі, якщо підозрюваний, обвинувачений відмовляється від захисника й не залучає іншого захисника, захисник повинен бути залучений у порядку, передбаченому ст. 49 цього Кодексу, для здійснення захисту за призначенням [4].

У процесі аналізу судової практики та листа Вищого спеціалізованого суду України (ВССУ) з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику забезпечення права на захист у кримінальному провадженні» від 01.07.2015, встановлено, що у випадку, якщо підозрюваний (обвинувачений) відмовлявся від захисника й не залучав іншого, захисника було надано в порядку, передбаченому ст. 49 КПК.

Прикладом цього є кримінальне провадження стосовно Ш., який обвинувачувався у скоєнні злочинів, передбачених ч.ч. 1, 2 ст. 172 КК України. Обвинувачений заявив клопотання про відмову від захисника, призначеного Волинським обласним Центром із надання вторинної правової допомоги, мотивуючи це

наявністю різних поглядів на методи захисту. Водночас Ш. просив призначити йому іншого захисника. Суд задовольнив це клопотання, прийняв відмову від захисника У. та залучив через Волинський обласний Центр іншого захисника.

Слід зазначити, що незалучення іншого захисника судом є безумовним порушенням права на захист [5].

Є й інша судова практика. Зокрема, ухвалою Центрального районного суду м. Миколаєва від 15 липня 2013 р. відмовлено у прийнятті заяви про відмову обвинуваченого К. від захисника з огляду на те, що захисник К. призначений судом першої інстанції на підставі ст. 49 КПК. Також обвинувачений не ставив питання про залучення іншого захисника. Проте, розглянувши заяву обвинуваченого К. без участі у судовому засіданні захисника, суд порушив вимоги ст. 54 КПК. Також не відповідає вимогам КПК практика, коли питання про можливість зміни захисника у справах, у яких його участь є обов'язковою, залежить від наявності чи відсутності клопотання про його заміну.

Отже, відмова у задоволенні зазначеного клопотання не відповідає вимогам КПК [5].

Водночас постає питання про зловживання своїми процесуальними правами з боку обвинуваченого. Слід зазначити, що неодноразова відмова від захисника за призначенням без обґрунтування своєї позиції або ж із повторенням одних і тих же підстав може свідчити про зловживання обвинуваченим своїми правами з метою затягування розгляду. Очевидно, що в таких випадках суд має право відмовити у задоволенні заяви обвинуваченого, заразом в ухвалі повинні бути докладно обґрунтовані мотиви, з яких суд виходив під час ухвалення відповідного рішення. Якщо ж цих умов не буде дотримано, така відмова може бути розцінена як обмеження права обвинуваченого на вільний вибір захисника [5].

Так, розглядаючи скаргу обвинуваченого Г.О. за ч. 3 ст. 186 КК на постанову про закриття іншого кримінального провадження, слідчий суддя Недригайлівського районного суду Сумської області 11 червня 2013 р. відмовив у задоволенні повторного клопотання про залучення захисника з таких підстав: у судовому засіданні 30 травня 2013 р. за клопотанням Г.О. винесено ухвалу про призначення захисника, яка була направлена у Центр. Водночас з відповіді Центру вбачається, що Г.О. вже призначався захисник В., від якого останній відмовився, адвокат Ш., призначити якого просив Г.О., не внесений до реєстру адвокатів, що надають безоплатну вторинну правову допомогу. У цьому разі участь захисника не була обов'язковою. Зважаючи на те, що Г.О. раніше відмовився від захисника за призначенням, повторно заявив клопотання про призначення захисника, слідчий суддя в ухвалі вказав, що зі сторони скажника є ознаки зловживання правом, направлені на необґрунтоване затягування розгляду його скарги [5].

Отож, актуальною проблемою є відсутність детального законодавчого врегулювання відносин у сфері надання безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальних справах, зокрема, відносно обмеження кількості відмов від захисника, відносно обґрунтування заміни або відмови від адвоката, що призводить до різних підходів для розгляду відповідних кло-

потань, надаючи можливість зловживати правом на вільний вибір захисника.

Водночас у вищевказаному листі ВССУ також зазначено, що право обвинуваченого, підсудного на вільний вибір захисника є одним з основних елементів права на захист. Обмеження цього права є істотним порушенням вимог як КПК, так і КПК 1960 р. Наприклад, ухвалою Апеляційного суду Луганської обл. від 05 березня 2013 р. скасовано вирок Біловодського районного суду Луганської області від 10 жовтня 2012 р., яким З.В. засуджено за ч. 1 ст. 309, ч. 2 ст. 307, ч. 1 ст. 315, ст. 317 КК до 8 років позбавлення волі з конфіскацією майна з підстави порушення права на захист, оскільки у судовому засіданні підсудний відмовився від послуг захисника К.Ю., мотивуючи своє клопотання істотними розбіжностями у лінії захисту, просив залучити до участі у справі його захисника адвоката К.І., з якою його мати уклала угоду. Судом у порушення вимог Конституції України та КПК 1960 р. не було прийнято відмову від захисника, чим порушено право підсудного на вільний вибір останнього [5].

За рік до зазначеного листа ВССУ на зборах суддів Цурюпинського районного суду Херсонської області також розглянули питання відмови від захисників, зокрема, які надають безоплатну правову допомогу у кримінальному провадженні.

На даних зборах суддями обговорено лист апеляційного суду Херсонської області № 17651/14 від 21.03.2014, під час дискусії судді прийшли до мотивованого висновку, що в реалізації державної гарантії – безоплатної вторинної правової допомоги особа позбавлена можливості вільно обирати собі захисника, оскільки відповідно до ст. 49 КПК України, захисник такій особі призначається за постановою слідчого / прокурора або ухвалою судді чи суду. Так само особа, що отримує безоплатну вторинну правову допомогу, не може на власний розсуд вимагати від суду заміни захисника з особистих мотивів [6].

Водночас ухвалою Фрунзенського районного суду м. Харкова від 13.10.2019 у справі № 645/3612/15-к під час розгляду клопотання обвинуваченого про відмову від захисника суд прийшов, як на нашу думку, до мотивованого висновку, що право особи на заміну захисника, передбачене ст. 54 КПК України, є похідним від права вільного вибору захисника своїх прав, яке особа реалізує самостійно, укладаючи договір з обраним нею захисником. Це право не розповсюджується на зміст права на безоплатну вторинну правову допомогу, де особа не обирає собі захисника, а отримує захист, гарантований державою та за державні кошти. У цьому разі особа має право на отримання правової допомоги належної якості та відповідно до стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальному процесі, затверджених наказом Міністерства юстиції України № 386/5 від 25.02.2014 р..

Та, на жаль, на сьогодні суди у своїй більшості не беруть до уваги вищевказані висновки, що, на нашу думку, мало б спонукати законодавця внести зміни у відповідні нормативно-правові акти та конкретизувати їх норми.

На сьогодні судами також постановляються поодинокі ухвали з відмови у задоволенні зазначених

клопотань (ухвали у справах: № 766/1458/16-к від 25.02.2020, 496/3558/19 від 05.02.2020, 200/9917/19 від 24.02.2020, 636/1212/19 від 06.07.2020, 233/2030/19 від 18.12.2019, 559/281/18 від 19.11.2018), водночас мотивами відмови у задоволенні клопотань є недоведеність тверджень обвинуваченого з неналежного виконання захисником своїх обов'язків.

Водночас у разі вивчення практики вирішення судами окресленої проблеми за останні роки можна помітити, що це питання так і залишається невирішеним.

З метою підтвердження цих тверджень здійснено огляд судової практики ККС у складі Верховного Суду із забезпечення права на захист за 2018–2019 рр.

Так, під час розгляду судового провадження у справі № 733/249/16-к Верховний Суд у своїй постанові від 10.10.2018 зазначає, що твердження засудженої особи про неефективність її захисту у суді внаслідок неналежного виконання її захисниками своїх обов'язків не ґрунтуються на вимогах закону й матеріалах справи.

Суд зазначає, що ефективність захисту не є тотожним досягненню за результатами судового розгляду бажаного для обвинуваченого результату, а полягає у наданні йому належних та достатніх можливостей із використанням власних процесуальних прав та кваліфікованої юридичної допомоги, яка у передбачених законом випадках є обов'язковою, захищатися від обвинувачення у передбачений законом спосіб. Подальша незгода обвинуваченого з позицією й тактикою захисту не свідчить про його неефективність.

Об'єктивних даних про неналежне виконання професійних обов'язків адвоката в матеріалах справи не міститься, а незгода обвинуваченого з позицією й тактикою захисту не свідчить про його неефективність.

Під час розгляду кримінального провадження засуджена особа від послуг цих адвокатів не відмовлялася, на якість юридичних послуг не скаржилася й не порушувала перед судом питання про залучення іншого адвоката для здійснення її захисту [7].

Не дивлячись на те, що засудженою не подавалися клопотання з відмови від клопотання, висновки Верховного Суду з розкриття поняття ефективності захисту можуть бути використані судами у разі ухвалення інших рішень в оцінюванні поняття неналежного виконання професійних обов'язків адвоката.

Водночас у своїй постанові від 28.02.2019 Верховний Суд у справі № 330/2291/14-к констатував обмеження засудженого в можливості реалізувати свободу вільного вибору захисника своїх прав під час апеляційного перегляду, що виявилось у неналежному реагуванні в суді апеляційної інстанції на прояви суперечок між обвинуваченим та його захисником.

Так, під час розгляду кримінального провадження в апеляційному порядку засуджений заявив клопотання про відмову від захисника, мотивуючи його тим, що не має довіри до призначеного йому захисника й що позиція останнього відносно способу захисту суперечить його власній позиції. У судовому засіданні апеляційного суду засуджений заперечував проти можливості розгляду провадження за відсутності потерпілих, зокрема, наполягав на необхідності допиту потерпілої ОСОБА_6 з приводу поданої нею апеляційної скарги та просив відкласти розгляд кримінального провадження

для забезпечення її явки на судові засідання. Проте захисник не підтримав думки засудженого, вважав, що потреби у відкладенні розгляду справи, а також у допиті потерпілої немає, у зв'язку з чим суд апеляційної інстанції дійшов висновку про необхідність надати засудженому та його захиснику час для узгодження позиції сторони захисту.

Не зважаючи на те, що й після цього між засудженим та захисником не було досягнуто згоди відносно способу захисту й засуджений наполягав на своїй відмові від захисника, суд ухвалив залишити клопотання засудженого без задоволення.

Отже, апеляційний суд дійшов висновку про необхідність продовження участі адвоката в інтересах засудженого, не зважаючи на положення п. 3 ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з якими адвокату забороняється займати у справі позицію всупереч волі клієнта, крім випадків, якщо адвокат впевнений у самообмові клієнта [7].

Тобто однією з причин касаційного оскарження зазначених рішень є незгода обвинуваченого з позицією й тактикою захисту. Але ж в одному випадку суд трактує дану проблему на користь обвинуваченого, а в іншому – констатує відсутність порушення прав останнього.

Головною причиною даних суперечностей є те, що діючим законодавством не встановлено поняття неналежного виконання професійних обов'язків адвоката та не врегульовано достеменно, коли саме суд має право відмовити у задоволенні клопотання підозрюваного, після якої кількості його заяв та як визначити цю тонку межу між зловживанням підозрюваним своїми правами та порушенням права останнього на вільний вибір захисника.

Так, відповідно до п.п. 2, 6 ч. 2 ст. 24 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» адвоката або працівника Центру, що надає безоплатну вторинну правову допомогу, може бути замінено на адвоката або працівника такого Центру за рішенням Центру у разі неналежного виконання адвокатом своїх зобов'язань за умовами договору, неналежного надання безоплатної вторинної правової допомоги працівником Центру.

У ході вивчення та аналізу практики застосування судами правових норм у вирішенні питання із задоволення або відмови в задоволенні клопотань підозрюваних про відмову від захисника, національні суди не вдаються до оцінювання аргументації відповідного клопотання та у більшості випадків задовольняють зазначені клопотання, без мотивованих висновків (ухвали судів у справах: № 305/188/17 від 21.02.2020, № 712/14873/18 від 02.03.2020, 207/3256/19 від 25.06.2020, № 704/848/14-к від 22.05.2020, 688/1225/19 від 14.01.2020, 428/2739/20). Звичайно, велику роль у постановленні даних ухвал судів відіграє вищевказаний лист ВССУ та практика Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) стосовно можливого порушення права підозрюваного на захист.

ЄСПЛ уже неодноразово констатував порушення права на захист у справах, де захисник формально був призначений, проте не здійснював ефективний захист. Показовим є рішення ЄСПЛ від 12 червня 2008 р. у справі «Яременко проти України» [8]. У заявника був захисник, якого усунули від справи, оскільки заявник

підписав відмову від юридичної допомоги захисника Х.О. на тій підставі, що той застерігав його від зізнання у вчиненні злочину. За твердженням заявника, він підписав її під тиском працівників міліції та слідчого у справі. Йому було призначено інших захисників. У п. 90 цього рішення ЄСПЛ як на підставу порушення п. 3 (с) ст. 6 Конвенції зазначено таке: «Суд зауважує: той факт, що кожен із двох інших захисників, які представляли заявника, бачив його лише один раз і тільки під час допиту й що до допиту ніхто з них із заявником не бачився, найімовірніше свідчить про символічний характер їхніх послуг. Суд вважає, що спосіб, в який захисника Х.О. усунули від участі у справі, та підстави, якими було пояснено це рішення, а також у зв'язку зі стверджувальною відсутністю юридичних підстав для такого заходу, викликають серйозні сумніви відносно справедливості всього провадження у цій справі. Суд бере до уваги й той факт, що пізніше захисникові Х.О. дозволили повернутися до участі у справі без будь-якого натяку на те, що стверджувальних підстав для його усунення вже не існує». Отже, ЄСПЛ поставив під сумнів виконання захисниками ефективного захисту заявника, що становило істотне порушення вимог КПК. Судам необхідно враховувати таку практику під час перевірки забезпечення права на захист під час досудового розслідування та судового провадження у справі, адже за наявності ознак «символічного надання послуг» захисником судові рішення підлягає скасуванню [5].

Враховуючи позицію ЄСПЛ та неузгодженість у національному законодавстві питання перевірки забезпечення права на захист підозрюваного / обвинуваченого у практичному вирішенні цього питання виникає низка проблем, пов'язаних з об'єктивною оцінкою такого права.

Одразу виникає питання, яким саме повинен бути процес визначення об'єктивності порушень права на захист та неналежного виконання адвокатом своїх обов'язків, хто саме має визначати порушення та надавати їм оцінку, та як підозрюваний/обвинувачений повинен довести вказані порушення, вчинені адвокатом, не розкривши свою стратегію захисту. Дані питання виникають під час детального аналізу діючого законодавства у сфері заміни або відмови від адвоката та способів заміни/відмови останнього. На сьогодні законодавець не конкретизував дане питання та не впровадив об'єктивного механізму заміни чи відмови від адвоката, що призводить до некоректного вирішення питання відносно заміни/відмови від останнього. Наприклад, у процесі досудового розслідування кримінального провадження, коли підозрюваний / обвинувачений з об'єктивних причин має намір замінити адвоката, то відповідно до діючого законодавства суб'єктом вирішення цього питання є слідчий чи прокурор, тобто сторона обвинувачення, або суддя, який розглядає справу на стадії судового розгляду. Одразу виникає логічне питання, а як саме підозрюваний / обвинувачений має довести об'єктивність своїх тверджень про неналежне виконання адвокатом своїх обов'язків, якщо у даних суб'єктів кримінального провадження виникають розбіжності у стратегії захисту (наприклад, адвокат наполягає на визнанні провини, а підозрюваний зі свого боку, будучи винним, намагається довести протилежне), розголошення якої приз-

веде до порушення права на належне здійснення правосуддя, що є основним принципом ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод.

Ми пропонуємо відокремити процес заміни / відмови адвоката від загального ходу досудового розслідування або розгляду справи на стадії судового розгляду та зробити його якнайбільш неупередженим. Під час подання підозрюваним/обвинуваченим клопотання стосовно заміни/відмови від адвоката адресатом має бути зазначений слідчий суддя, який об'єктивно має оцінити доводи підозрюваного / обвинуваченого у процесі окремого судового слухання, яке має проводитись із метою уточнення обставин, які спонукали обвинуваченого до заміни/відмови від адвоката. Обов'язково умовою розгляду таких клопотань має бути попередження судді про заборону розголошення даних, на які спирався підозрюваний/обвинувачений. Задля забезпечення належного рівня безсторонності, вказане клопотання доцільно розглядати за відсутністю слідчого та прокурора.

ВИСНОВКИ

Отже, відсутність у діючому законодавстві конкретного порядку заміни або відмови від захисника, де більш детально буде аргументовано причини відмови з фіксуванням порушень адвокатом права на захист підозрюваного/обвинуваченого, що на думку останнього є причиною для відмови від захисника, породжує виникнення проблем у практичних співробітників із неоднозначного застосування законодавства.

На нашу думку, для вирішення даної проблеми, по-перше, необхідно внести зміни до ст. 24 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», якими встановити конкретні види неналежного виконання адвокатом своїх зобов'язань за умовами договору, визначивши невідповідність конкретних дій / бездіяльності адвоката у виконанні останнім повноважень з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

По-друге, слід внести зміни до ст. 54 КПК України, де визначити граничну кількісну можливість такої особи скористатися правом на заміну або відмову від адвоката-захисника із наведенням належних мотивів, відповідно до профільного Закону.

Та, по-третє, доцільно конкретизувати ч. 3 ст. 54 КПК України щодо відмови від захисника у випадку обов'язкової участі останнього. На нашу думку, законодавець некоректно сформулював згадану норму. У першому реченні чітко вказано на неможливість відмови від захисника, якщо його участь є обов'язковою. Та наступне речення повністю спростовує перше твердження й у разі відмови підозрюваного від свого захисника зобов'язує слідчого, прокурора, слідчого суддю чи суд залучити іншого захисника здійснювати захист за призначенням, тобто фактично відбувається заміна захисника. Отже, підозрюваний у своїх клопотаннях має просити заміну захисника, з відповідним мотивуванням, у зв'язку з тим, що відмовлятися від захисника та не залучити іншого він просто не має правової можливості. Але ж дана редакція КПК України вводить в оману як підозрювану особу у разі подачі клопотання про відмову від захисника, так і слідчого, прокурора, слідчого суддю чи суд під час винесення рішення стосовно об'єктивності підстав задоволення

клопотання.

Водночас ми повністю погоджуємося з вищевказаними висновками Фрунзенського районного суду м. Харкова про те, що державна гарантія з призначення захисника на безоплатній основі обмежує право підозрюваного/обвинуваченого на вільний вибір захисника із самого початку його призначення (не вибору, а призначення), та логічним буде те, що й у разі відмови/заміни захисника права підозрюваного просто не можуть бути порушені, у зв'язку із відсутністю даного права в цьому випадку.

Отже, у зв'язку з вищевикладеним, перше речення ч. 3 ст. 54 КПК України ми пропонуємо викласти у такій редакції: «Відмова від захисника не приймається у випадку, якщо його участь є обов'язковою та у випадку, коли захисник залучений у порядку, передбаченому статтею 49 цього Кодексу, для здійснення захисту за призначенням». Друге речення ч. 3 ст. 54 КПК України пропонується викласти у такій редакції: «У такому випадку, підозрюваний, обвинувачений має право замінити захисника із визначенням мотивованих підстав для такої заміни, відповідно до Закону, та захисник повинен бути залучений у порядку, передбаченому статтею 49 цього Кодексу, для здійснення захисту за призначенням».

Список використаних джерел

1. Сакун Д.І. Поняття та ознаки адміністративно-правових гарантій безоплатної правової допомоги адвокатами. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 2. С. 528–531.
2. Антонюк А.Б., Лєган І.М. Перспективи розвитку законодавчого регулювання системи безоплатної правової допомоги в Україні в контексті європейської інтеграції. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. № 3 (32). С. 3–6.
3. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02.06.2011 № 3460–VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651–VI. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
5. Узагальнення про судову практику забезпечення права на захист у кримінальному провадженні (Витяг): Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ. URL: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/VRR00178.html.
6. Роз'яснення щодо правового регулювання участі в кримінальному процесі захисників, які надають безоплатну правову допомогу. URL: https://zib.com.ua/ua/print/80484rozyasnenno_schodo_pravovogo_regulyuvannya_uchasti_u_kriminal.html
7. Огляд судової практики об'єднаної палати Касаційного

кримінального суду в складі Верховного Суду. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_KKS_VS_2018_2019.pdf

8. Справа «Яременко проти України». Рішення ЄСПЛ від 12 червня 2008 р. Заява № 66338/09. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/974_405.

9. Про вжиття заходів щодо недопущення порушення права особи на отримання професійної правничої допомоги: Рішення національної асоціації адвокатів України від 27 червня 2019 р. № 86. http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/MUS32215.html.

10. Торбас О.О. Наслідки встановлення некомпетентності захисника. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/7704>

References

1. Sakun D.I. Concepts and signs of administrative and legal guarantees of free legal assistance to lawyers. *Legal scientific electronic journal*. 2020. № 2. pp. 528–531. [in Ukrainian].
2. Antoniuk A.B., Lehan I.M. Prospects for the development of legislative regulation of a system of free legal aid in Ukraine in the context of European integration. *Prykarpattia Legal Bulletin*. 2020. № 3 (32). pp. 3–6. [in Ukrainian].
3. On Free Legal Aid: Law of Ukraine dated 02.06.2011 № 3460–VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17> [in Ukrainian].
4. Criminal Procedural Code of Ukraine dated 13.04.2012 № 4651–VI. *Database "Legislation of Ukraine"*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> [in Ukrainian].
5. Generalization of judicial practice ensuring the right to protect in criminal proceedings (extraction): a higher specialized court of Ukraine for the consideration of civil and criminal cases. URL: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/VRR00178.html [in Ukrainian].
6. Clarification on legal regulation of participation in the criminal process of defenders who provide free legal aid. URL: https://zib.com.ua/ua/print/80484rozyasnenno_schodo_pravovogo_regulyuvannya_uchasti_u_kriminal.html [in Ukrainian].
7. An overview of the judicial practice of the Unified Chamber of the Cassation Criminal Court as part of the Supreme Court. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_KKS_VS_2018_2019.pdf. [in Ukrainian].
8. The case “Yaremenko v. Ukraine”. Decision of the European Court of Human Rights of June 12, 2008 Statement №. 66338/09 URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/974_405. [in Ukrainian].
9. On taking measures to prevent the violation of the person's right to receive professional legal aid: the decision of the National Association of Advocates of Ukraine dated June 27, 2019, № 86. URL: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/MUS32215.html [in Ukrainian].
10. Torbas O.O. Consequences of establishing an incompetence of the defender. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/7704> [in Ukrainian].

Alina BUNINA

postgraduate student, Luhansk State University of Internal Affairs named after E.O. Didorenko; Chief Specialist in the Court of Human Rights Commissioner for Human Rights Sector and International Cooperation in Luhansk Region Department of Judicial Work and International Legal Aid, Eastern Interregional Department of Justice (Kharkiv).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5621-345X>

e-mail: drepina91@i.ua

PROBLEMATIC ISSUES OF REPLACEMENT OR WAIVER OF THE RIGHT TO ACCEPT A DEFENSE LAWYER'S SERVICES WHO PROVIDES FREE SECONDARY LEGAL AID IN CRIMINAL PROCEEDINGS

The paper raises the issue of waiver (replacement) of a state defense lawyer by a suspect (accused) who provides free legal aid in criminal proceedings. The author analyzes the provisions of the current legislation in Ukraine, which regulates the provision (replacement) of a lawyer, compares and analyzes the practice of courts in the application of the law, focuses on the issue of determining the criteria for the quality of services provided by a lawyer, studies the view on this problem through the decisions of the ECHR (European Court of Human Rights), and also suggests ways to solve this problem by amending the current legislation and presents a fundamentally new approach to the procedure of waiver (replacement) of a lawyer in criminal proceedings. In the paper, the author notes the problem in the legislative definition of the possibility of waiver (replacement) of the lawyer and, as a result, the uneven application of the law occurs in practice by the courts; it is proposed to amend the specific procedural rules that regulate these relations, namely, to detach the issue of waiver (replacement) of the lawyer into a separate process, the author justifies the need for such detachment and decision-making by the investigating judge.

The author notes that the issue of refusal (replacement) of a lawyer during a pre-trial investigation with a legally defined adversarial proceeding is decided by the prosecution-the investigator (prosecutor), which is in itself wrong and can affect the choice of a lawyer, his tactics and methods of defense. The proposed changes, in the author's opinion, solve the problem of inconsistency in the application of the law in terms of waiver (replacement) of a defense lawyer by a suspect (accused), determine the unity of approach in solving these issues, preserving the defendant's right to choose freely a lawyer and protecting him from disclosing the chosen line of defense to the prosecution.

Keywords: free secondary legal aid, free secondary legal aid centers, Institute of the advocacy, lawyer, legal aid, advocacy

Тетяна Ігорівна **ЗАВГОРОДНЯ**

магістр, Інституту права, Київський національний університет імені Тараса Шевченка;

головний спеціаліст, Національне агентство з питань запобігання корупції

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6160-919X>

e-mail: zavhorodnia.t@gmail.com

ЗГОДА У КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕННЯХ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ

Досліджено значення та зміст згоди у кримінальних правопорушеннях проти статевої свободи та статевої недоторканності особи, які передбачені Розділом IV Кримінального Кодексу (КК) України. У статті встановлено, що відсутність згоди є конструктивною ознакою зґвалтування, сексуального насильства та примушування до вступу в статевий зв'язок. Визначено шляхи вирішення проблем, що виникають у кваліфікації ситуацій, в яких особа помилково вважає, що згода була надана, а також, коли згода не була надана явно. Рекомендовано уточнити зміст «добровільної згоди» вказавши у примітці до ст. 152 КК, які дії не можуть вказувати на добровільність згоди. Встановлено, що згода є розмежувальною ознакою складу кримінального правопорушення, передбаченого ст.ст. 152, 153 та 155 КК.

Ключові слова: згода, добровільна згода, зґвалтування, сексуальне насильство, примушування до вступу у статевий зв'язок

ВСТУП

Боротьба з сексуальним насильством все ще залишається однією з найважливіших проблем, що виникають у дослідженні кримінального права. Слід зазначити, що Стамбульська конвенція із запобігання та протидії насильству над жінками та домашньому насильству досі не ратифікована Україною, що сприяло б покращенню якості кримінального законодавства з кримінальних правопорушень проти сексуальної свободи та сексуальної недоторканності особи, зокрема врахування згоди у них. Питання згоди у кримінальних правопорушеннях проти статевої свободи та статевої недоторканності особи досліджувалося О.О. Дудоровим [2; 5], М.І. Хавронюком [2], К.П. Задоею [5], Л.П. Брич [8].

МЕТА статті – встановлення значення та змісту згоди у кримінальних правопорушеннях проти статевої свободи та статевої недоторканності, а також виявити окремі проблеми кримінально-правового регулювання цього питання та запропонувати шляхи їх вирішення.

МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Структурно-функціональний метод дозволив охарактеризувати наявність або відсутність згоди особи як конститутивної ознаки складів кримінальних правопорушень. Аналіз законодавчих конструкцій статей здійснювався з використанням нормативно-юридичного методу, а формально-логічний метод дозволив виявити прогалини у кримінальному законодавстві України, недоліки законодавчої техніки та виробити відповідні рекомендації з їх усунення. У роботі використовувалися такі логічні прийоми, як аналіз і синтез, визначення і узагальнення.

РЕЗУЛЬТАТИ

Відсутність добровільної згоди є визначальною ознакою таких кримінальних правопорушень проти статевої свободи, як:

- зґвалтування (ст. 152 Кримінального Кодексу (КК));
- сексуальне насильство (ст. 153 КК);
- примушування до вступу у статевий зв'язок (ст. 154 КК).

Відповідна ознака була імплементована Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами», яким також надається визначення «добровільної згоди» [1]. Так, відповідно до примітки до ст. 152 КК згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин. З приводу цього визначення О.О. Дудоров відмічає «оцінний характер «супутніх обставин», згаданих у примітці», а також звертає увагу, що «примітка не містить обмежувального застереження про те, що закріплене в ній розуміння добровільної згоди є прийнятним при застосуванні лише ст. 152 КК» [2, с. 120].

З огляду на відсутність специфічних вимог до згоди на дії сексуального характеру, виникає питання, як оцінюються ситуації, в яких особа помилково вважає, що наявна згода на відповідні дії. Як відмічають О.О. Дудоров та М.І. Хавронюк, відмова на словах, навіть певна фізична протидія не завжди свідчать про дійсне небажання особи вступити з іншою особою у статеві зносини, що за таких обставин може вказувати на вибачливу (сумлінну) фактичну помилку у діях особи та, відповідно, відсутність складу «зґвалтування» [2, с. 122–123].

Також неоднозначними для кримінально-правової оцінки є ситуації, коли особою, з одного боку, не дається явної згоди, а з іншого – не чиниться спротив. На думку попередніх авторів, про відсутність згоди може свідчити безвихідність ситуації (оточення потерпілою групою осіб, безлюдне місце, темна пора доби, тривале обмеження у пересуванні тощо) [2, с. 124].

Вдосконалити та уточнити визначення «добровільної згоди» у примітці ст. 152 КК України під час розгляду Законопроекту № 4952 пропонувала народний депутат В.Ю. Пташник. Відповідно до порівняльної таблиці Законопроекту визначення добровільної згоди та сфера її застосування визначалась у п. 2 примітки так: «2. Для цілей цієї статі та інших статей цього Кодексу

згода особи вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин. Згода особи не може вважатися добровільною, якщо вона була висловлена, зокрема, під впливом фізичного насильства, погрози його застосування, погрози знищенням чи пошкодженням майна потерпілого чи третьої особи, погрози обмеженням прав або свобод потерпілого чи третьої особи, обману, використання щодо особи її матеріальної чи службової залежності, безпорадного чи уразливого стану» [3].

У ст. 70 Правил та Процедур Міжнародного кримінального суду визначаються основні принципи доказів у справах про сексуальне насильство:

а) не може вважатися згодою будь-які слова чи поведінка жертви, коли сила, погроза силою, примус або використання примусового становища підривають здатність жертви давати добровільну та справжню згоду;

б) не може вважатися згодою будь-які слова чи поведінка жертви, коли жертва не здатна дати справжню згоду;

в) не може вважатися згодою мовчання або відсутність спротиву жертви передбачуваному сексуальному насильству;

г) довіра, характер або схильність до сексуальної доступності жертви чи свідка не можуть бути встановлені на підставі сексуального характеру попередньої або подальшої поведінки жертви чи свідка [4].

З огляду на вищезазначене, видається доречним розширення кримінально-правового змісту згоди в межах ст.ст. 152 та 153 КК з урахуванням пропозицій В.Ю. Пташник та положень ст. 70 Правил та Процедур Міжнародного кримінального суду в якості індикатора недобровільності згоди.

Крім цього слід звернути увагу на некоректність викладу ст. 153 КК, якою передбачається кримінальна відповідальність за вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням в тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи. Як зазначалося раніше, відсутність згоди або її ігнорування мають розглядатися як ознаки поняття «насильства», тому вживання словосполучення «без добровільної згоди» у контексті ст. 153 КК видається зайвим.

Схожа ситуація склалась стосовно формулювань, вжитих у диспозиції ч. 1 ст. 154 КК, якою передбачається кримінальна відповідальність за примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою. З огляду на те, що склад статті передбачає «примушування», що само по собі виключає наявність згоди, ознака «без її добровільної згоди» є зайвою.

На проблему розмежування ст. 155 КК із ч. 4 ст. 152 або ч. 4 ст. 153 КК звертають увагу О.О. Дудоров та К.П. Задоє. На думку авторів, «... склалася ситуація, коли зміни до КК України, пов'язані з імплементацією Стамбульської конвенції, не були узгоджені зі змінами, зумовленими імплементацією Лансаротської конвенції, і відтепер ч. 4 ст. 152 КК України і ч. 1 ст. 155 КК, ч. 4 ст. 153 і ст. 156 КК містять дублюючі приписи, які описують однакові діяння, але передбачають кардинально різний рівень караності» [5]. Оскільки відповідна проблема розмежування зазначених складів іс-

нувала і до викладу у новій редакції Законом України № 2227-VIII ст.ст. 152 та 153 КК [1], ще до набрання ним чинності О.О. Дудоровим також висловлювалась пропозиція доповнити диспозицію ч. 1 ст. 155 КК застереженням про те, що «відповідальність за цією статтею настає у разі відсутності ознак складів злочинів, передбачених у ст.ст. 152 та 153 цього Кодексу», з чим загалом слід погодитися [6, с. 237–239].

Стосовно наявності добровільної згоди як ознаки кримінальних правопорушень висловлювалась, зокрема, Л.П. Брич, яка наводить такий приклад: «... В цілях розмежування згвалтування малолітньої чи малолітнього (ч. 4 ст. 152 КК) і статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості (ч. 1 ст. 155 КК), потрібно презюмувати, що неназваний в диспозиції ч. 1 ст. 155 КК спосіб вчинення цього злочину полягає у використанні добровільної згоди потерпілої особи на статевий зв'язок» [7, с. 213]. Звертаємо увагу, що формулювання «особою, яка не досягла статевої зрілості» існувало до внесення змін Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації», яким було введено поняття «особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку».

Приховано така теза міститься і у ст. 18 Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства, яка вказує на те, що має бути криміналізоване умисне заняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку для заняття діяльністю сексуального характеру. Водночас ч. 3 цієї статті робиться застереження, що дія положень пункту «а» не поширюється на врегулювання статевих стосунків між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою. Відповідно до чого можна зробити висновки, що для інкримінування умисного зайняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, що не досягла віку для зайняття діяльністю сексуального характеру має бути обов'язковою наявністю ознаки «взаємна згода» [8].

Водночас така згода, з огляду на формулювання «щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, незалежно від її добровільної згоди» у ч. 4 ст. 152 КК та ч. 4 ст. 153 КК, може бути висловлена лише особою від 14 до 16 років.

ВИСНОВКИ

Отже, «відсутність згоди» є конструктивною ознакою у складах кримінальних правопорушень за ст.ст. 152-154 КК, а «наявність згоди» виступає розмежувальною ознакою складу кримінального правопорушення за ст.ст. 152, 153 та 155 КК. Водночас зміст зазначених статей потребує вдосконалення, зокрема у частині уточнення змісту добровільної згоди, внесення застереження у ст. 155 КК стосовно відсутності ознак кримінального правопорушення за ст.ст. 152 та 153 КК, а також доцільності закріплення ознаки «без добровільної згоди» у ст.ст. 153 та 154 КК.

Список використаних джерел

1. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами:

Закон України № 2227-VIII від 06.12.2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#Text>

2. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України). К.: Ваіте, 2019. 288 с.

3. Порівняльна таблиця до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України у зв'язку з ратифікацією Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами»: № 4952 від 12.07.2016. URL: <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59648&pf35401=418392>.

4. The Rules of Procedure and Evidence. International Criminal Court, 2013. URL: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>

5. Дудоров О.О., Задоа К.П. «Вік сексуальної згоди» у міжнародному праві, кримінально-правовій доктрині і Кримінальному кодексі України. *Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка*. 2019. № 1. С. 75–94.

6. Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статеві свободи та статеві недоторканості особи: наук.-практ. посіб. Луганськ: Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка, 2011. 351 с.

7. Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія. Львів: Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2013. 712 с.

8. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства ратифікована Законом України № 4988-VI від 20.06.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4988-17#n2>

References

1. On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine in order to implement the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating

Violence against Women and Domestic Violence: Law of Ukraine № 2227-VIII dated 06.12.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#Text> (in Ukrainian).

2. Dudorov O., Khavroniuk M. Responsibility for domestic violence and gender-based violence (scientific and practical commentary on short stories of the Criminal Code of Ukraine). Kyiv: Vaite, 2019. 288 p. (in Ukrainian).

3. Comparative table to the draft Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Procedure Code of Ukraine in connection with the ratification of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence": № 4952 dated 12.07.2016. URL: <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59648&pf35401=418392> (in Ukrainian).

4. The Rules of Procedure and Evidence. International Criminal Court, 2013. URL: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>

5. Dudorov O.O., Zadoia K.P. The "age of sexual consent" in international law, criminal law doctrine and the Criminal Code of Ukraine. *Bulletin of Luhansk State University of Internal Affairs named after E.O. Didorenko*. 2019. № 1. pp. 75–94. (in Ukrainian).

6. Dudorov O., Criminal and legal characteristics of crimes against sexual freedom and sexual integrity of a person. Luhansk: Luhansk State University of Internal Affairs named after E.O. Didorenko, 2011. 351 p. (in Ukrainian).

7. Brych L.P. Theory of delimitation of crimes: a monograph. Lviv: Lviv state University of Internal Affairs, 2013. 712 p. (in Ukrainian).

8. The Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse ratified by the Law of Ukraine № 4988-VI dated June 20, 2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4988-17#n2> (in Ukrainian).

Tetiana ZAVHORODNIA

master, Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv;

chief specialist, National Agency on Corruption Prevention.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6160-919X>

e-mail: zavhorodnia.t@gmail.com

CONSENT IN CRIMINAL OFFENCES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INVIOABILITY OF A PERSON

Introduction. Combating sexual violence still remains one of the most important issues arisen in criminal law study. It should be noted that Istanbul Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence is still not ratified by Ukraine, which shall facilitate quality of criminal law concerning criminal offences against sexual freedom and sexual inviolability of a person.

The purpose of the paper is to define meaning and content of consent in criminal offenses against sexual freedom and sexual inviolability of a person provided for in Section IV of the Criminal Code of Ukraine.

Results. The paper establishes that lack of consent is a constructive sign of rape (article 152 of the Criminal Code), sexual violence (article 153 of the Criminal Code) and coercion to have sexual intercourse (article 154 of the Criminal Code). The ways of solving arisen problems during the qualification of situations in which a person mistakenly believes that consent was given, as well as when consent was not given explicitly, have been determined. It is recommended to clarify the content of "voluntary consent" by indicating in the note to Article 152 of the Criminal Code, actions which shall not indicate voluntariness of consent. The paper notes that using the collocation "without voluntary consent" is superfluous in Articles 153 and 154 of the Criminal Code, since "coercion" and "violence" also indicate absence of voluntary consent. It has been established that consent is a distinguishing feature of a criminal offense provided for in Article 155 of the Criminal Code from Articles 152 and 153 of the Criminal Code, thus sexual intercourse with a person from 14 to 16 years with her consent indicates the commission of a criminal offense under Art. 155 of the Criminal Code. It is proposed to supplement Article 155 of the Criminal Code with the clause "in the absence of signs of criminal offenses under Art. 152 and art. 153 of the Criminal Code".

Conclusion. The paper provides that consent shall be both constructive and distinguishing feature of criminal offenses against sexual freedom and sexual inviolability. Several problems of consent in such crimes are defined as well as ways of their solution.

Keywords: consent, voluntary consent, rape, sexual violence, coercion to sexual intercourse

Тетяна Анатоліївна **ФРАНЧУК**

аспірантка, Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8522-0074>

e-mail: 1604102018@ukr.net

ОСОБЛИВОСТІ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОРИСТАННЯ ДОКАЗІВ ДЕРЖАВНОЮ ПРИКОРДОННОЮ СЛУЖБЮ УКРАЇНИ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Розкрито сутність та особливий характер доказів в справах про адміністративні проступки. Доведена особливість застосування окремих видів доказів органами Державної прикордонної служби України в адміністративному провадженні. Сучасний стан розвитку законодавчого забезпечення адміністративного провадження, яке здійснюється органами та посадовими особами Державної прикордонної служби України (далі – ДПСУ) охоплює майже всі без виключення аспекти, ефективності реалізації мети адміністративної відповідальності – невідторного притягнення до неї винної особи. Розкрито особливості організаційно-правового регулювання окремих видів доказів та способів доказування. Зроблено висновки про підвищення ефективності доказування та використання доказів Державною прикордонною службою України в адміністративному провадженні.

Ключові слова: адміністративне провадження, адміністративна відповідальність, докази, доказування, допустимість доказів

ВСТУП

Сучасний стан розвитку законодавчого забезпечення адміністративного провадження, яке здійснюється органами та посадовими особами Державної прикордонної служби України (далі – ДПСУ) охоплює майже всі без виключення аспекти, ефективності реалізації мети адміністративної відповідальності – невідторного притягнення до неї винної особи. Однак існують і певні об'єктивні недоліки, що пов'язані з особливостями реалізації ДПСУ своїх повноважень у сфері охорони державного кордону, а також еволюцією суспільних відносин та розвитку технологій, темп якої є значно вищими за розвиток законодавчого забезпечення. Мова йде про організаційно-правове забезпечення процесу використання доказової бази та реалізації самого процесу доказування у справах про адміністративне провадження ДПСУ.

Докази є одним із найбільш важливим елементів всього процесу притягнення до адміністративної відповідальності, оскільки саме вони виконують функцію встановлення істинності у справі та визначення реального ступеня вини особи правопорушника. Тому такі процедурні аспекти як збирання, використання, дослідження та оцінювання доказів під час винесення рішення для притягнення особи до адміністративної відповідальності ДПСУ потребує подальшого дослідження. Крім того, актуальність даного напрямку пояснюється передовсім тим, що Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) містить лише загальні засади правового регулювання процесів пов'язаних із доказуванням вини у справах про адміністративні правопорушення.

Ступінь наукового розроблення теми

Проблематика організаційно-правового забезпечення процесу доказування у справах про адміністративні правопорушення, що розглядається посадовими особами ДПСУ досліджувалися доволі фрагментарно, але на окрему увагу заслуговують роботи В.В. Гордєєва,

Я.С. Калмикової, В. К. Колпакова, В.В. Косик, А.Ф. Моти, Н.В. Просекіної, Т. О. Рекуненко, Х.П. Ярмакі тощо.

МЕТА статті – визначення особливостей організаційно-правового забезпечення використання доказів ДПСУ у процесі адміністративного провадження та пошук напрямків підвищення його ефективності.

МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Методологічною та інформаційною основою роботи є праці провідних вчених, а також матеріали періодичних видань. У проведенні дослідження використовувалися методи аналізу та синтезу, теоретичного узагальнення, системний підхід тощо.

РЕЗУЛЬТАТИ

Доказова база є тим фактологічним підґрунтям, завдяки якому відбувається відшукування істини. Не встановлення, а саме її пошук. За своєю правовою природою докази вже є тим засобом підтвердження фактичного існування, обставин здійснення тієї чи іншої дії, яка законодавцем визначається як протиправна. Докази позбавлені жодного морально-психологічного змісту, з точки зору визначення мотивів поведінки чи психо-емоційних передумов вчинення дії. Вони відображають лише психо-емоційний стан, настрої, намір та інші морально-етичні детермінанти особи правопорушника безпосередньо у момент скоєння протиправного діяння. Також докази демонструють той комплекс умов правової реальності, які існували навколо особи та стали у своїй сукупності, так би мовити просторово-часовим континуумом протиправної поведінки.

Інакше кажучи, докази важливі для того, щоб з їх допомогою можна було відтворити події, умови їх скоєння та інші особливості й детермінанти моменту поведінки, що в кінцевому результаті й дасть змогу встановити протиправність або законність такої поведінки. З огляду на таку значущість доказової бази ми повинні виходити із того, що докази впливають на кваліфікацію протиправної поведінки, тобто з їх допомогою, зокрема, а не тільки можна встановити чи

підпадають ознаки протиправної поведінки під характеристику кримінального злочину чи ні.

Наприклад, В.В. Косик стверджує, що доказами у провадженні у справах про адміністративні правопорушення слід вважати будь-які фактичні дані, що відповідають ознакам належності та допустимості, на підставі яких у встановленому законом порядку особа, у провадженні якої знаходиться справа, встановлює наявність або відсутність події правопорушення, вину особи, яка притягається до відповідальності, а також інші обставини, що мають значення для правильного вирішення адміністративної справи [4, с. 86-87]. До того ж вчений доводить і ту обставину, що предмети матеріального світу отримують статус доказів лише після того, як їх такими визнає орган або посадова особа, яка здійснює провадження у справі про адміністративне правопорушення. Жоден доказ, який містить інформацію про предмет доказування (обставин публічно-правового спору), не має для осіб, які наділені повноваженнями вирішувати справу, наперед встановленої сили [5, с. 310]. Отже, докази втілюються у предметах матеріального світу, але їх виявлення є певним процесом, через який розкривається зміст діяльності спрямованої на встановлення вини та притягнення до адміністративної відповідальності. За логікою адміністративного провадження органи та посадові особи ДПСУ повинні здійснити ті чи інші дії спрямовані на відшукування доказів та з'ясування обставин у справі шляхом їх оцінювання. Вся ця діяльність об'єктивується через правові норми, які закріплюють вихідні умови законності самого процесу притягнення до адміністративної відповідальності.

Як зазначає Т.О. Рекуненко, вимоги до оцінювання доказів встановлені законодавцем у ст. 252 КУпАП. Як можна побачити, згідно з вітчизняним законодавством в основі прийняття того чи іншого рішення під час доказування у справі про адміністративне правопорушення лежить внутрішнє переконання суб'єкта правозастосування. Але такий підхід є помилковим, оскільки передбачає підміну об'єктивного критерію доведення суб'єктивним [10, с. 170-171]. Ми згодні з дослідником через те, що внутрішнє переконання завжди привносить елемент суб'єктивізму не лише у процес оцінювання доказів, але й у процес визначення їх допустимості та прийнятності для вирішення справи по суті.

Але А.Ф. Мота чітко визначає, що «джерела доказів у провадженні у справах про адміністративні правопорушення повинні співвідноситися з повноваженнями органів і підрозділів охорони державного кордону з використання: банків даних стосовно осіб, які перетнули державний кордон України; засобів автоматичної фото-і відеотехніки, що закріплюється на форменому одязі, службовому транспорті» [6, с. 253-254]. Але ця теза потребує розширення, оскільки технічний прогрес розвивається темпами значно швидшими ніж законотворчість, а тому в якості доказів може використовуватися також і дані, отримані з безпілотних літальних апаратів (далі – БПЛА), які використовуються для моніторингу ситуації на державному кордоні, особливо на території тимчасово окупованій Російською Федерацією.

З погляду точності правого регулювання доказів у справах про адміністративні провадження, що здійснюються органами ДПСУ ми повинні звернути увагу на необхідності виділення доказів за джерелами походження. Джерела походження пояснюються природою тих фактів, які потребують доведення у процесі адміністративного провадження. Х.П. Ярмачі з цього приводу зазначає на необхідності поділяти докази за ознакою джерел походження на: особисті, речові та документальні. Водночас «особистими є докази, що формуються показами та поясненнями правопорушника тощо, тобто коли носій відповідної інформації – фізична особа» [11, с. 118-119]. Тобто фізичні особи також розглядаються в певному сенсі як носії інформації, за допомогою чого вони можуть виступати джерелами доказів. З цього ми робимо висновок, що їхні свідчення, покази та пояснення повинні отримати формалізований документальний вигляд, тобто перетворитися на докази речового характеру. Тому документи, які долучаються до справи про адміністративне провадження, що розглядається органами та посадовими особами ДПСУ, зокрема й документи, які формалізують особисті показання. Важливість такої формалізації ми вбачаємо у тому, що показання свідків, пояснення потерпілого тощо – все це стає фактичними обставинами справи, які підлягають спростуванню або підтвердженню у потенційному процесі апеляційного оскарження постанови про накладення штрафів органами ДПСУ. Як правило, речові докази є побічними доказами, оскільки встановлюють не сам факт події, а іншу обставину, яка має значення для вирішення справи. Тому під побічними речовими доказами слід розуміти матеріальні фізичні зразки первинних речових доказів, які безпосередньо відтворюють головні ознаки останніх та потрібні для їх заміни у процесі доказування [1, с. 120-121]. Аналізуючи положення ст. 222-1 КУпАП, слід зауважити на те, що доказами виступають переважно речові, а в деяких випадках саме речові докази стають прямими доказами у справі.

Зі свого боку Н.В. Просекіна вказує на те, що з урахуванням специфіки провадження у справах про адміністративні правопорушення в якості самостійного виду доказів виділяють також безпосередні спостереження осіб, уповноважених на складання протоколу про адміністративне правопорушення і на проведення адміністративного розслідування. Процедурно спостереження таких осіб фіксуються у протоколі про адміністративне правопорушення [9, с. 191-193]. Така теза сприяє тому, що суворість вимог до форми, значення та походження доказів в адміністративній справі нівелюється незначністю або малозначністю шкоди, завданої внаслідок скоєння такого правопорушення, а тому інколи органи ДПСУ підходять дещо ширше за наділені повноваження у частині вирішення питання доказування у справі про адміністративне правопорушення.

На цей аспект звертають увагу також В.К. Колпаков та В.В. Гордєєв, які зазначають на певному дисонансі того, що оцінювання доказів робить орган, який фактично їх збирає [3, с. 48-49]. Враховуючи викладене вище, доцільно проаналізувати ознаки речових доказів, оскільки саме за рахунок ідентифікації предметів

матеріального світу вони можуть набути необхідного статусу для доказування обставин справи.

Отже, відповідно до ст. 251 КУпАП «доказами в справі про адміністративне правопорушення, є будь-які фактичні дані, на основі яких у визначеному законом порядку орган (посадова особа) встановлює наявність чи відсутність адміністративного правопорушення, винність даної особи в його вчиненні та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи» [2]. Далі ця норма визначає загальний перелік тих засобів, які можуть використовуватися в адміністративному провадженні в якості доказів, а також те які саме обставини вони можуть доводити.

Само собою визначення доказів розкриває їх основні детермінуючі ознаки: докази – це фактичні дані, тобто дані про факти що відбулися у минулому, а отже, вони мають ретроспективний зв'язок із такими фактами, тобто повинні бути створеними у минулому, в період до скоєння правопорушення; використання доказів відбувається виключно у встановлений на законодавчому рівні спосіб та уповноваженими особами. Це означає необхідність законодавчої визначеності цього процесу для кожного окремого виду доказів або встановлення загальних критеріїв доступності, допустимості та достатності доказів, як це зроблено у кримінально-процесуальному законодавстві; встановлює наявність чи відсутність адміністративного правопорушення, тобто у такий спосіб розкривають характер, причини та наслідки діяння особи, в який можна однозначно стверджувати, що таке діяння є протиправним саме у розумінні КУпАП, бо якщо посадова особа ДПСУ робить висновок, що таке діяння є кримінально карним, то тоді відбувається і перекваліфікація такої справи; докази встановлюють винність особи. Вони не встановлюють ступінь вини, що важливо і про що можна зробити однозначний висновок на підставі аналізу положень ст. 251 КУпАП. Критеріями для встановлення вини виступають або визначені у відповідних нормах КУпАП характеристики діяння, скоєння якого неможливо без усвідомлення або без вольового елементу, або через недбалість. Докази визначають інші обставини справи, які мають значення для правильного її вирішення та винесення відповідного рішення про притягнення особи до адміністративної відповідальності чи звільнення від неї. КУпАП, як власне і жоден інший нормативно-правовий акт, не містить вказівку на те, що саме це можуть бути за обставини, але за логікою адміністративного провадження можна зробити висновок про те, що такими обставинами є, зокрема, алібі особи, наявність обставин, що виключає винність або протиправність діяння тощо.

Так, в адміністративному провадженні організаційно-правове регулювання процесу доказування є похідним від правового режиму та природи доказів, а також тяжкості тих протиправних дій, які вчиняє особа. Додаткова увага такому процесу не приділяється, а лише згадується про обов'язок всебічного, хоча і на свій розсуд, але по суті з використанням доказів вирішення справи. Доктринально проблеми недосконалості та несистемності закріплення правового режиму доказів та доказування справах про адміністративні правопорушення пояснюються малозначністю

вини особи. Але для цілей та місії діяльності ДПСУ, для тих завдань, які реалізують посадові особи ДПСУ, та тих процедур, які порушуються особами правопорушників, ми повинні зробити висновок про те, що саме докази та доказова база виступають важливим елементом всього адміністративного провадження. Переважно це визначається необхідністю чіткого відмежування кримінального злочину від адміністративного проступку.

Отже, аналіз положення ст. 251 КУпАП дає змогу зробити наступні висновки: по-перше, фактичні обставини та дані в справі про адміністративне правопорушення засвідчуються доказами; по-друге, докази можуть бути матеріальними та нематеріальними, але навіть останні повинні втілюватися та формалізуватися у матеріальному вигляді. Мова йде зокрема про показання свідків, які набувають статус доказів, коли вони озвучені та зафіксовані у відповідному вигляді; по-третє, докази, що мають бездокументарну форму, чітко та вичерпно перелічені у ст. 251. Цей перелік не дозволяє зробити припущення стосовно потенційної можливості долучення до матеріалів справи про адміністративне провадження органами ДПСУ доказу, який не визначений у даній статті. Виключення складають докази, що мають документарну форму, оскільки про це прямо свідчить сентенція «а також іншими документами». Отже, докази, які мають нематеріальну форму, можуть бути виражені в документах, які не охоплені поняттями ст. 251 КУпАП; по-четверте, враховуючи таку сукупність доказів, виникає питання необхідності їх чіткої фіксації або чіткої фіксації обставин, які підлягають доказуванню. Останнє реалізується засобами протоколу про адміністративне правопорушення.

Крім того, слід зауважити на тому, що вказана вище норма є єдиною нормою в КУпАП та актах галузевого законодавства, яка визначає засади (у даному випадку лише загальні) правового режиму доказів у справах, які за своєю юрисдикцією належать до органів ДПСУ. Зокрема «Інструкція з оформлення посадовими особами Державної прикордонної служби України матеріалів справ про адміністративні правопорушення» не містить ні порядку використання доказів, ні вичерпного їх переліку та особливостей правового режиму застосування посадовими та службовими особами органів ДПСУ.

Враховуючи специфіку правопорушень, визначених у ст.ст. 202 (ч. 2), 203, 203-1, 204-2, 204-4, ми приходимо до висновку, що суб'єктивний елемент оцінки доказів повинен нівелюватися максимально об'єктивним та однозначним відтворенням інформації про обставини скоєного правопорушення. Цього, на нашу думку, можна досягнути як раз за допомогою відео- та фото фіксації правопорушення, особливо таких, що стосуються перетину державного кордону поза територією митних та прикордонних постів чи пунктів пропуску. Враховуючи викладене вище та можливість, надану ст. 280 КУпАП, пропонується застосувати аналогію, яка міститься у другому реченні даної статті, і до правопорушень, адміністративне провадження за якими входить до юрисдикції ДПСУ. Тому пропонуємо ст. 222-1 доповнити частиною четвертою наступного змісту: «4. Розгляд справ про адміністративні право-

порушення, пов'язані з порушенням прикордонного режиму, режиму у пунктах пропуску через державний кордон України або режимних правил у контрольних пунктах в'їзду-виїзду, порушенням порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України або виїзду з неї, а також з порушенням порядку в'їзду до району проведення антитерористичної операції або виїзду з нього, зокрема які пов'язані із перетинанням або спробами перетинання державного кордону України та / або лінії зіткнення у районі проведення антитерористичної операції та/або неконтрольованої ділянки державного кордону України у будь-який спосіб поза контрольними пунктами в'їзду-виїзду, та які зафіксовані у режимі фотозйомки (відеозапису), відбувається з урахуванням правил, визначених статтями 279-1 – 279-4 цього Кодексу». Таке доповнення дає нам змогу вирішити одне з найбільш ключових та суперечливих питань сучасної практики розгляду про притягнення до адміністративної відповідальності, які здійснюються

посадовими особами ДПСУ у місцях, віддалених від місця фактичного скоєння правопорушення (контрольно-пропускні пункти, адміністрації прикордонних районів тощо) – використання електронних доказів для визначення обставин справи. Насправді питання використання електронних доказів та засобів збирання й зберігання інформації є не новим, але суперечності пов'язані із ними полягають переважно у тому, що для їх використання необхідне дотримання процедури законності, тобто докази, отримані за допомогою таких засобів, повинні відповідати всім критеріям допустимості. Отже, ми вважаємо за необхідне визначити найбільш утилітарні та допустимі докази у розгляді справ про адміністративні правопорушення, що знаходяться в юрисдикції органів ДПСУ. Для цього ми проаналізуємо склади правопорушень відповідно до КУпАП з погляду доказування вини осіб, що їх скоїли (табл. 1).

Таблиця 1 – Особливості використання доказів в процесі адміністративного провадження органами ДПСУ

Склад правопорушення	Норма КУпАП	Найбільш допустимі та утилітарні докази	Особливості використання та/або доказування
Порушення прикордонного режиму, режиму у пунктах пропуску через державний кордон України або режимних правил у контрольних пунктах в'їзду-виїзду	ст. 202	документи, у будь-якому вигляді; показання свідків; дані відео та фото фіксації процедур проходження контролю; показання співробітників ДПСУ; висновки експерта	
Недодержання іноземцями та особами без громадянства встановленого порядку реєстрації або проживання на території України за недійсними документами чи документами, строк дії яких закінчився, або порушення встановленого терміну перебування в Україні, виявлені у пунктах пропуску (пунктах контролю) через державний кордон України або контрольних пунктах в'їзду-виїзду	ч. 2 ст. 203	документи (зокрема електронні), що дають право на знаходження, перетин та проживання на території України; документи, отримані дипломатичним та шляхом міжнародного співробітництва; електронні бази даних показання свідків; висновки експерта	збирання максимальної кількості об'єктивних доказів, що засвідчують на фактичність обставин
Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї	ст. 204-2	документи, що дають право на такий в'їзд (зокрема електронні); показання свідків; оперативно-розшукові та інші оперативні дані; бази даних; показання свідків; показання співробітників ДПСУ	
Перетинання або спроба перетинання лінії зіткнення в районі проведення антитерористичної операції або неконтрольованої ділянки державного кордону України у цьому районі в будь-який спосіб поза контрольними пунктами в'їзду-виїзду чи в контрольних пунктах в'їзду-виїзду без відповідних документів або з використанням підроблених документів чи таких, що містять недостовірні відомості про особу, або без дозволу відповідних органів влади	ст. 204-4	засоби фото-, відео фіксації, дані тепловізійної техніки; протокол огляду місця незаконного перетинання кордону; бази даних та витяг з них; показання свідків	Максимальне використання засобів відео- та фото фіксації, зокрема засобами супутникового, тепловізійного та телеметричного обладнання

Підсумовуючи, можна зробити декілька важливих висновків.

Так, по-перше, звертає на себе увагу множинність доказів та засобів доказування, котрі вони передбача-

ють та які застосовуються для доведення адміністративного правопорушення й притягнення винної особи до відповідальності. Але така множинність є диференційованою залежно від характеру правопорушення,

об'єктивних умов його здійснення, тобто місця та способу, що обумовлюють застосування лише спеціальних засобів доказування чи використання спеціальних доказів (тепловізорів, даних БПЛА тощо). По-друге, високий рівень важливості мають показання посадових осіб ДПСУ якості доказів скоєння правопорушень з порушення режиму державного кордону поза межами контрольних пунктів, застав та інших обладнаних пунктів дислокації військовослужбовців, контрольно-пропускних пунктів тощо. Тобто показання та свідчення осіб, що безпосередньо переривають скоєння правопорушення та затримують особу правопорушника. У таких місцях важко отримати інформацію від свідків, а показання затриманої особи правопорушника об'єктивно будуть мати виправдувальний характер. Тому від чіткої, у повному обсязі фіксації показань посадових осіб ДПСУ, занесення їх в протокол та фіксація обставин правопорушення іншими засобами – все це нівелюватиме потенційно можливу суб'єктивність тверджень таких посадових осіб. По-третє, простежується широке використання електронних доказів, а також технічні та технологічні засоби збирання доказів: засоби тепловізійного відтворення, супутникового зв'язку, телеметрії, відео-, фото-, кінофіксації та зйомки тощо. Використання таких засобів повинно відображатися у протоколі про адміністративне правопорушення з метою детермінації конкретного засобу, запису, фото тощо, тобто постфактум. Закріплення на законодавчому рівні можливість та допустимість окремих технічних заходів ми вважаємо недоцільним з погляду швидкості розвитку технологій, яка значно перевищує оперативність законотворчої роботи. А також і тим фактом, що оборона державного кордону є елементом забезпечення національної безпеки, а отже, і система заходів для такого забезпечення не може обмежуватися.

ВИСНОВКИ

Підсумовуючи викладене, зауважимо на таких особливостях організаційно-правового забезпечення використання доказів органами та посадовими особами ДПСУ у реалізації ними повноважень у сфері адміністративного провадження. По-перше, більш широкого застосування потребують електронні засоби для отримання інформації у справі, фіксації правопорушень, бази даних з інформацією про правові підстави перебування особи на території України, а також електронні докази та засоби доказування. Це пояснюється високим рівнем відповідальності ДПСУ як органу, що забезпечує захист державного кордону України. Водночас у разі заповнення протоколу про адміністративне правопорушення необхідно повно та всебічно визначити якими засобами отримані докази, які саме докази та що вони доводять. По-друге, широкого застосування отримує й такий вид доказу, як особисті пояснення та свідчення посадових осіб ДПСУ, особливо якщо затримання особи відбувається поза межами контрольних пунктів та пунктів пропуску. Тому такі показання та свідчення вимагають деталізації у протоколі про адміністративне провадження із вказівкою на потенційні, або наявність доказів на підтвердження викладених фактів. По-третє, вимагає систематизації організаційно-правове забез-

печення доказування в аналізованому виді адміністративних справ, чого можна досягти шляхом включення норм та положень, якими регулюються відповідні аспекти у діяльності ДПСУ, в Інструкцію з оформлення посадовими особами Державної прикордонної служби України матеріалів справ про адміністративні правопорушення, яка затверджена Наказом МВС України від 18.09.2013 № 898.

Список використаних джерел

1. Калмикова Я.С. Речові докази як засоби доказування в адміністративному судочинстві. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 2. С. 119-125.
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення: від 07.12.1984 № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10#n57>
3. Колпаков В.К., Гордєєв В.В. Докази та доказування в адміністративному судочинстві: монографія. Чернівці: Чернівський нац. ун-т, 2009. С. 48-49.
4. Косик В. В. Докази у справах про адміністративне правопорушення та адміністративному судочинстві: деякі проблеми реалізації. *Право і Безпека*. 2012. № 5. С. 83-87
5. Косик В.В. Види доказів в провадженні у справах про адміністративні правопорушення. *Форум права*. 2012. № 3. С. 308-312
6. Мота А.Ф. Теорія і практика протидії нелегальній міграції органами Державної прикордонної служби України: адміністративно-правовий аспект: дис. ... к.ю.н.: 12.00.07 / Національна академія ДПСУ імені Богдана Хмельницького. Хмельницький, 2019. 519 с.
7. Про затвердження Інструкції з оформлення посадовими особами Державної прикордонної служби України матеріалів справ про адміністративні правопорушення: Наказ МВС України від 18.09.2013 № 898. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1729-13> (дата звернення: 27.09.2019).
8. Про затвердження Порядку зберігання вилучених під час здійснення провадження у справах про адміністративні правопорушення речей і документів: Постанова Кабінету Міністрів України від 16.01.2012 № 17. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/17-2012-%D0%BF#Text>
9. Просекіна Н.В. Класифікація доказів у справах про адміністративні правопорушення. *Юридична осінь 2012 року: зб. тез доп. та наук. повідомл. учасн. всеукр. наук.-практ. конф. молодих учених та здобувачів (13 листоп. 2012 р.)*. Харків: НЮАУ ім. Ярослава Мудрого", 2012. С. 191-193.
10. Рекуненко Т.О. Доказування в процесі розгляду справ про адміністративне правопорушення. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 3. С. 169-173.
11. Ярмак Х.П. Докази в справах про адміністративні правопорушення та їх оцінка. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2015. № 4. С. 116-120.

References

1. Kalmykova Ya.S. Material evidence as a means of proof in administrative proceedings. *Journal of Kyiv University of Law*. 2012. № 2. pp. 119-125. (in Ukrainian).
2. Code of Ukraine on Administrative Offenses: dated 07.12.1984 № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10#n57> (in Ukrainian).
3. Kolpakov V.K., Hordieiev V.V. Evidence and proof in administrative proceedings: monograph. Chernivtsi: Chernivtsi National University university, 2009. pp. 48-49. (in Ukrainian).
4. Kosyk V.V. Evidence in cases of administrative offenses and administrative proceedings: some problems of implementation. *Law and Security*. 2012. № 5. pp. 83-87 (in Ukrainian).
5. Kosyk V.V. Types of evidence in proceedings in cases of administrative offenses. *Law Forum*. 2012. № 3. pp. 308-312 (in Ukrainian).

6. Mota A.F. Theory and practice of counteracting illegal migration by the bodies of the State Border Guard Service of Ukraine: administrative and legal aspect: diss. ... PhD in legal sciences: 12.00.07 / Bohdan Khmelnytsky National Academy of the State Tax Service of Ukraine. Khmelnytskyi: 2019. 519 p. (in Ukrainian).

7. On approval of the Instruction on registration of materials of cases on administrative offenses by officials of the State Border Guard Service of Ukraine: Order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine dated 18.09.2013 № 898. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1729-13> (in Ukrainian).

8. On approval of the Procedure for storage of things and documents seized during the proceedings in cases of administrative offenses: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of 16.01.2012 № 17. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/17-2012-%D0%BF#Text> (in Ukrainian).

9. Prosiekina N.V. Classification of evidence in cases of administrative offenses. *Legal Autumn 2012*: Collection of thesis and scientific messages of participants of All-Ukrainian scientific and practical conference of young scientists and applicants (November 13, 2012). Kharkiv: Yaroslav Mudryi NSAU", 2012. pp. 191-193.

10. Rekenenko T.O. Evidence in the process of consideration of cases of administrative offense. *Entrepreneurship, economy and law*. 2019. № 3. pp. 169–173. (in Ukrainian).

11. Yarmaki Kh.P. Evidence in cases of administrative offenses and their assessment. *South Ukrainian Law Journal*. 2015. № 4. pp. 116–120. (in Ukrainian).

Tetiana FRANCHUK

postgraduate student, Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8522-0074>

e-mail: 1604102018@ukr.net

THE MAIN PECULIARITIES OF LEGAL ADJUSTING FOR THE USE OF EVIDENCE BY THE STATE BORDER GUARD SERVICE OF UKRAINE IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

The current state of legislative support of administrative proceedings, which is carried out by bodies and officials of the State Border Guard Service of Ukraine (hereinafter – SBGSU) covers almost all aspects without exception, the effectiveness of implementation of the goal of administrative responsibility – irreproducible bringing the guilty person to it. However, there are also certain objective shortcomings associated with the peculiarities of implementation by the SBGSU of its powers in the field of state border protection, as well as the evolution of social relations and technological development, the rate of which is much higher than the development of legislative support. It is about the organizational and legal support of the process of use of evidence and implementation of the very process of proving in cases of administrative proceedings of the State Tax Service of Ukraine. It is noted that more extensive use will be made of electronic means of obtaining information in the case, fixing offenses, databases with information on the legal basis for a person's stay in Ukraine, as well as electronic evidence and means of proof. This is due to the high level of responsibility of the State Tax Service of Ukraine as a body protecting the state border of Ukraine. At the same time, when completing the protocol on an administrative offence, it is necessary to fully and comprehensively determine what means of evidence have been obtained, what kind of evidence and what it proves. Also, such type of evidence as personal explanations and testimonies of officials of the State Tax Service of Ukraine are widely used, especially if the detention of a person takes place outside of control points and checkpoints. Therefore, such testimonies and evidence require detailing in the protocol on administrative proceedings with an indication of the potential or availability of evidence in support of the facts stated. Accordingly, organizational and legal provision of evidence in the considered type of administrative cases requires systematization, which can be achieved by including norms and provisions that regulate relevant aspects in the activities of the State Border Service of Ukraine in the Instruction on registration by officials of the State Border Service of Ukraine of materials on administrative offences, approved by the Order of the MIA of Ukraine from 18/09/2013 № 898. There were disclosed the essence and special nature of evidence in cases of administrative misconduct. It was investigated the peculiarity of the use of certain types of evidence by the bodies of the State Border Guard Service of Ukraine in administrative proceedings. There were determined the peculiarities of organizational and legal regulation of certain types of evidence and methods of proof. It was made a conclusion on increasing the efficiency of proving and using evidence by the State Border Guard Service of Ukraine in administrative proceedings.

Keywords: administrative proceedings, administrative liability, evidence, proof, admissibility of evidence



Вадим Павлович САМОЙЛОВ

головний спеціаліст, Національне агентство з питань запобігання корупції

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7332-1070>

e-mail: vsamoylov.98@gmail.com

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ КОНСТРУКЦІЇ СПЕЦІАЛЬНОЇ КОНФІСКАЦІЇ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Стаття присвячена аналізу юридичної конструкції спеціальної конфіскації. Із цією метою виокремлено основні елементи юридичної конструкції зазначеного заходу кримінально-правового характеру та проаналізовано їх як окремо, так і у системному взаємозв'язку. Виокремлено неточні елементи юридичної конструкції спеціальної конфіскації, а також колізійні положення ст.ст. 96¹ та 96² Кримінального Кодексу України. Проаналізовано проблемність вживання словосполучення «добросовісний набувач» у тексті норм, що регулюють спеціальну конфіскацію. Виконано релевантні висновки.

Ключові слова: спеціальна конфіскація; захід кримінально-правового характеру; юридична конструкція

ВСТУП

З моменту імплементації спеціальної конфіскації як окремого інституту Загальної Частини (далі – ЗЧ) Кримінального Кодексу (далі – КК) України до відповідних статей, що регулюють її застосування, зміни вносилися шість разів. Водночас послідовність законодавчих кроків дозволяє прийти до висновку, що як на теоретичному, так і на нормативному рівні відсутня єдність стосовно місця, ролі та кримінально-правових властивостей спеціальної конфіскації як заходу кримінально-правового характеру. Крім цього, частота внесення змін до законодавства про кримінальну відповідальність зі зміною спрямованості кримінально-правового регулювання вказаного інституту не сприяє якості такого регулювання, в силу чого на даному етапі юридична конструкція спеціальної конфіскації є непослідовною.

Питання, пов'язані зі спеціальною конфіскацією, останніми роками досліджували такі українські та закордонні вчені, як В.В. Березнер, В.М. Бурдін, А.О. Винник [1], І.М. Горбачова, К.П. Задоя, О.В. Козаченко, А.І. Зіневич, О.Я. Кондра, Ф.К. Набіулін, Н.А. Орловська, М.М. Панов, Г.М. Собко, В.О. Туляков, М.І. Хавронюк, В.В. Шпіляревич, Г.З. Яремко.

Водночас на теоретичному рівні предметні дослідження сучасної конструкції спеціальної конфіскації відсутні.

МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Основною інформаційною основою даного дослідження є положення закону України про кримінальну відповідальність, а також праці провідних вчених. Основними методами, що застосовувалися у процесі дослідження, є аналіз і синтез, спеціально-юридичний та порівняльно-правовий методи.

ПОСТАНОВКА ЗАВДАННЯ

Завданням цього дослідження є аналіз юридичної конструкції спеціальної конфіскації, виокремлення основних її компонентів, їх аналіз окремо та у взаємозв'язку з метою виокремлення неточних та колізійних

положень закону України про кримінальну відповідальність, що стосуються спеціальної конфіскації.

РЕЗУЛЬТАТИ

У характеристиці юридичної конструкції спеціальної конфіскації доцільно виокремити такі її елементи:

- 1) власне кримінально-правовий зміст спеціальної конфіскації;
- 2) процесуальна підстава спеціальної конфіскації;
- 3) кримінально-правові умови спеціальної конфіскації;
- 4) адресати спеціальної конфіскації;
- 5) кримінально-правові підстави застосування спеціальної конфіскації;
- 6) предмет спеціальної конфіскації;
- 7) застереження щодо особливостей змісту окремих з наведених вище компонентів спеціальної конфіскації.

Стосовно власне кримінально-правового змісту спеціальної конфіскації.

Грунтуючись на положеннях закону про кримінальну відповідальність, можна встановити такі ознаки спеціальної конфіскації:

- а) є одним із заходів кримінально-правового характеру, не пов'язаних із кримінальною відповідальністю особи;
- б) такий захід полягає у примусовому безоплатному вилученні на користь держави майна;
- в) настає за рішенням суду.

Стосовно процесуальної підстави спеціальної конфіскації.

Процесуальна підстава застосування спеціальної конфіскації визначена у ч. 2 ст. 96¹ КК України [3]. Водночас слід зазначити, що зазначені положення знаходяться у взаємозв'язку із нормами Конституції України, насамперед із ч. 6 ст. 41, відповідно до якої конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсягу та порядку, встановлених законом [2].

У даному разі очевидно, що поняття «рішення суду», яким оперує Конституція України, є так званим родовим поняттям – тобто охоплює собою будь-які види (різновиди) актів судової влади.

Водночас конкретний перелік таких судових рішень встановлений вже зазначеним положенням КК:

- 1) обвинувальний вирок суду;
- 2) ухвала суду про звільнення особи від кримінальної відповідальності;
- 3) ухвала суду про застосування примусових заходів медичного характеру;
- 4) ухвала суду про застосування примусових заходів виховного характеру.

Також у випадку, якщо предметом спеціальної конфіскації є майно, вилучене із цивільного обороту, то перелік рішень суду, на підставі яких може бути застосовано спеціальну конфіскацію, доповнюється у ч. 3 ст. 96¹ КК. Такими «додатковими» судовими актами є:

1) ухвала суду про закриття кримінального провадження з інших підстав, аніж звільнення особи від кримінальної відповідальності;

2) ухвала суду, постановлена у порядку ч. 9 ст. 100 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, за клопотанням слідчого чи прокурора, якщо кримінальне провадження закривається ними.

Фактично зазначені положення КК мають банкетний зміст, для точного встановлення якого слід керуватися положеннями кримінального процесуального законодавства України. У даному разі такими положеннями насамперед виступають положення ст. 284 КПК України.

Заразом спеціальна конфіскація застосовується на підставі п. 1 ч. 3 ст. 96¹ КК у випадках, визначених ч. 2 ст. 284 КПК [4]. Зіставляючи зміст наведених положень КК та КПК між собою та у взаємозв'язку з іншими положеннями цих актів законодавства, можна дійти висновку, що у такому разі спеціальна конфіскація застосовується у випадках, якщо:

1) не встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, у разі закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності, крім випадків вчинення особливо тяжкого злочину проти життя чи здоров'я особи або злочину, за який згідно із законом може бути призначено покарання у виді довічного позбавлення волі;

2) якщо прокурор відмовився від підтримання державного обвинувачення, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом;

3) досягнуто податковий компроміс у справах про кримінальні правопорушення, передбачені ст. 212 Кримінального кодексу України, відповідно до підрозд. 9-2 розд. XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України.

Якщо кримінальне провадження закривається слідчим або прокурором із будь-якої іншої підстави, окрім зазначених вище (зокрема у зв'язку із звільненням особи від кримінальної відповідальності, застосуванням примусових заходів медичного чи виховного характеру), то спеціальна конфіскація застосовується судом у порядку, передбаченому ч. 9 ст. 100 КПК.

Кримінально-правові умови спеціальної конфіскації.

Кримінально-правові умови спеціальної конфіскації, визначені окремим положенням ч. 1 ст. 96² КК.

Відповідно до цього положення спеціальна конфіскація здійснюється «... за умови вчинення умисного кримінального правопорушення або суспільно небез-

печного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу, за які передбачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а так само передбаченого ч. 1 ст. 150, ст. 154, частинами другою і третьою ст. 159-1, ч. 1 ст. 190, ст. 192, частиною першою ст. 204, 209-1, 210, частинами першою і другою ст. 212, 212-1, частиною першою ст. 222, 229, 239-1, 239-2, частиною другою ст. 244, частиною першою ст. 248, 249, частинами першою і другою ст. 300, частиною першою ст. 301, 302, 310, 311, 313, 318, 319, 362, ст. 363, частиною першою ст. 363¹, 364¹, 365² цього Кодексу».

Звідси випливає, що кримінально-правовими умовами застосування спеціальної конфіскації є:

а) вчинення умисного кримінального правопорушення, за яке передбачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу у розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

б) вчинення умисного кримінального правопорушення, що передбачене статтею (частиною статті) Особливої Частини (далі – ОЧ) КК, прямо зазначеною у ч. 1 ст. 96¹ КК;

в) вчинення умисно суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого ОЧ КК, якщо санкції відповідної статті (частини статті) передбачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

г) вчинення умисно суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого статтею (частиною статті) ОЧ КК, прямо передбаченою ч. 1 ст. 96¹ КК.

Водночас явною вадою із позицій законодавчої техніки є вживання поняття «позбавлення волі», адже такого виду покарання відповідно до ст. 52 КК не існує – виділяються лише покарання у виді позбавлення волі на певний строк або довічного позбавлення волі. Це призводить до необхідності застосовувати обмежувальне тлумачення відповідного словосполучення у тексті статті як такого, в якому, очевидно, йдеться про позбавлення волі на певний строк.

Адресати спеціальної конфіскації.

Шляхом системного аналізу положень ст.ст. 96¹; 96² КК можна дійти висновку, що адресатами спеціальної конфіскації є:

1. Особа, визнана винною у вчиненні кримінального правопорушення (особа правопорушника), зокрема особа, яка звільняється від покарання чи його відбуквання.

2. Особа, яка не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або не осудністю, та вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого ОЧ КК.

3. Особа, яка звільняється від кримінальної відповідальності.

4. Третя особа, тобто особа, яка не вчинила кримінального правопорушення та суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого ОЧ КК, вчинення яких є умовою застосування спеціальної конфіскації.

Стосовно першої категорії адресатів, зміст якої уточнено з урахуванням ч. 3 ст. 96² КК, видається, що законодавцем порушено принцип повноти та системності нормативно-правового регулювання при конятуванні відповідних положень.

Законодавцем вжито термін «особа звільняється від ... покарання». Заразом на рівні багатьох норм КК вбачається розмежування інститутів звільнення від покарання та звільнення від відбування покарання (див., наприклад, назву Розд. XII ЗЧ КК). Водночас очевидно, що спеціальна конфіскація повинна застосовуватися і до осіб, які звільнені від відбування покарання (наприклад, стосовно яких застосовано звільнення від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК), хоча із прямого змісту ч. 3 ст. 96² КК це не вбачається.

Перші три категорії адресатів спеціальної конфіскації можна умовно назвати «первинними адресатами спеціальної конфіскації».

Остання ж категорія адресатів спеціальної конфіскації є найбільш цікавою у зв'язку із певною неоднозначністю нормативно-правового регулювання застосування спеціальної конфіскації стосовно цієї категорії суб'єктів. По суті нормативною підставою виокремлення такого адресата спеціальної конфіскації як третя особа є положення ч. 4 ст. 96¹ КК. Грунтуючись на цих положеннях, доходимо висновку, що нормативними умовами застосування спеціальної конфіскації до майна, яке знаходиться у володінні третьої особи, є:

а) така особа набула майно від підозрюваного, обвинуваченого, особи, яка переслідується за вчинення суспільно небезпечного діяння у віці, з якого не настає кримінальна відповідальність, або в стані неосудності, чи іншої особи;

б) така особа набула майно безоплатно, за ринкову ціну або за ціну вищу чи нижчу ринкової вартості;

в) така особа знала або повинна була і могла знати, що таке майно відповідає будь-якій із ознак, зазначених у п.п. 1-4 ч. 1 цієї статті.

Загалом таке нормативно-правове регулювання стосовно застосування спеціальної конфіскації до майна, що знаходиться у володінні третьої особи, не видається вдалим.

По-перше, у відповідних положеннях вживається формулювання: «набула ... майно від підозрюваного, обвинуваченого...». За буквальним змістом виходить, що вже на момент отримання майна «контрагент» адресата спеціальної конфіскації повинен мати статус підозрюваного або обвинуваченого, хоча, очевидно, що це не відповідає дійсному змісту того, що закладав у цю норму законодавець.

Водночас вживання наприкінці цього формулювання словосполучення «іншої особи» дозволяє зробити висновок, що перелік «контрагентів» адресата спеціальної конфіскації у даному разі не є вичерпним.

По-друге, формулювання «набула майно безоплатно, за ринкову ціну або за ціну вищу чи нижчу ринкової вартості», очевидно, охоплює всі можливі способи набуття майна. Через це відповідне положення видається переобтяженим.

По-третє, в абз. 2 ч. 4 ст. 96² КК встановлюється вимога, що відповідні умови для можливості застосування спеціальної конфіскації майна третьої особи

повинні бути встановлені у судовому порядку на підставі достатності доказів. На нашу думку, така норма не є кримінально-правовою по своїй суті, а тому більш доречним є її місцезнаходження у кримінальному процесуальному законодавстві України. Заразом не зрозуміла позиція законодавця, чому відповідно до положень ст. ст. 85, 86 КПК традиційні вимоги до доказів (належність, допустимість) не згадуються. Це, зі свого боку, свідчить про порушення законодавцем принципу повноти нормативної регламентації.

По-четверте, коректність сформульованого в абз. 3 ч. 4 ст. 96² КК застереження, що спеціальна конфіскація не може бути застосована до майна, яке перебуває у власності добросовісного набувача, викликає певні сумніви.

У законодавстві України про кримінальну відповідальність відсутнє спеціальне визначення добросовісного набувача – відсутня і відповідна примітка до ст. 96² КК із таким визначенням (яка, на нашу думку, була б доречною). Тому термін «добросовісний набувач» має бланкетний зміст.

Відповідно до ч. 1 ст. 388 Цивільного Кодексу України (далі – ЦК), якщо майно за відплатним договором, придбане в особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати (добросовісний набувач), власник має право витребувати це майно від набувача лише у разі, якщо майно:

1) було загублене власником або особою, якій він передав майно у володіння;

2) було викрадене у власника або особи, якій він передав майно у володіння;

3) вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом [5].

Звідси робимо висновок, що добросовісний набувач відповідно до цивільного законодавства України – це набувач, який не знав і не міг знати про те, що отримує майно від особи, яка не мала права його відчужувати.

Видається, що конкретно таке розуміння застереження до застосування спеціальної конфіскації не задовольняє мети цієї статті. Шляхом системного аналізу положень ст.ст. 96¹, 96² КК приходимо до висновку, що майно, яке підлягає спеціальній конфіскації, може як перебувати на праві власності в «первинного адресата» спеціальної конфіскації, а так само стосовно такого майна право власності з урахуванням положень ст. 328 ЦК може і не виникнути у такого адресата. Безсумнівними прикладами першої групи майна є майно, ознаки якого визначені у п.п. 2 і 4 ч. 1 ст. 96² КК, прикладом другого – п. 1 ч. 1 ст. 96² КК.

З урахуванням вищевказаного вказівка на добросовісного набувача у цивільно-правовому розумінні не видається універсальною, адже якщо законодавець не надає вагомому значення наявності / відсутності права відчуження конкретного майна у «первинного адресата» на рівні ч. 1 ст. 96² КК, то таке право не повинно відігравати вирішального значення й у конструюванні винятку із цієї статті. Більш вагомою видається вказівка, яка міститься зокрема у п. 4 ч. 1 ст. 96² КК, із прив'язкою до знання чи не знання такої третьої особи («добросовісного набувача») про те, що майно

володіє будь-якою з ознак, передбачених у ч. 1 ст. 96² КК.

Зважаючи на положення, наведені в абз. 1 ч. 4 ст. 96² КК, більш доречним вживати термін «добросовісний набувач» у значенні «особа, яка не знала, не повинна була і не могла знати про те, що майно відповідає будь-якій з ознак, зазначених пунктами 1-4 ч. 1 ст. 96² КК», про що напрямку зазначити у примітці.

Однак з урахуванням того, що у такому разі спеціальна конфіскація до майна, належного «добросовісному набувачу», у принципі все одно не зможе бути застосована в силу приписів абз. 1 ч. 4 ст. 96² КК (див. вище п. в), то абз. 3 цієї статті видається надлишковим.

Причому на некоректності одночасного вживання у тексті ст. 96² КК понять «третя особа» та «добросовісний набувач» без уточнення їх змісту наголошує також А.О. Винник [138-140].

Щодо кримінально-правових підстав застосування спеціальної конфіскації.

У найбільш загальному вигляді кримінально-правовою підставою застосування спеціальної конфіскації є прямиий або опосередкований зв'язок певного майна із кримінальним правопорушенням або суспільно небезпечним діянням, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого ОЧ КК.

Більш конкретно такі кримінально-правові підстави визначені у ч. 1 ст. 96² КК. Спеціальна конфіскація застосовується у разі, якщо гроші, цінності та інше майно:

1) одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна;

2) призначалися (використовувалися) для схилання особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення або винагороди за його вчинення;

3) були предметом кримінального правопорушення, крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), а у разі, коли його не встановлено, – переходять у власність держави;

4) були підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення, крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), який не знав і не міг знати про їх незаконне використання.

У зв'язку із наведеним переліком майна, яке підлягає спеціальній конфіскації, на нашу думку, може виникати дві проблеми.

По-перше, такий перелік породжує проблему співвідношення конфіскації майна як виду покарання та спеціальної конфіскації у контексті предмета таких заходів.

Відповідно до ч. 1 ст. 59 КК покарання у виді конфіскації майна полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого (підкреслення автора). Отже, конфіскація майна, яке не належить до власності засудженого, не може бути визнано предметом конфіскації майна як виду покарання.

Згідно із ч. 1 ст. 328 ЦК України право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів.

Отже, на майно, визначене п. 1 ч. 1 ст. 96² КК, право власності в особи не виникає, а тому таке майно не може бути предметом конфіскації майна засудженого, а тому у цій частині конфіскація майна та спеціальна конфіскація чітко розмежовуються.

Водночас інше майно, визначене у ч. 1 ст. 96² КК, може належати на праві власності винному, а тому у частині цього майна може виникати ситуація із подвійними наслідками – воно одночасно може підлягати і конфіскації майна як виду покарання, і спеціальній конфіскації, що, очевидно, є неприпустимим.

По-друге, такий предмет спеціальної конфіскації як елемент її юридичної конструкції не узгоджується з іншими елементами.

Зокрема до процесуальних підстав застосування спеціальної конфіскації, крім обвинувального вироку суду (що по суті є єдиним судовим актом, який «констатує» на юридичному рівні існування кримінального правопорушення відповідно до ч. 1 ст. 62 Конституції України), спеціальна конфіскація може бути застосована і на підставі інших судових рішень (див. вище).

Крім цього, умовою застосування спеціальної конфіскації також відповідно до ч. 1 ст. 96¹ КК є вчинення суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого ОЧ КК.

Ситуація у тому, що кожен з пунктів вказаної частини цієї статті встановлює обов'язковий зв'язок майна саме із кримінальним правопорушенням, але не будь-яким іншим видом кримінально-правової аномалії, що за буквальною змістом виключає можливість застосування спеціальної конфіскації на підставі будь-якого іншого судового рішення, відмінного від обвинувального вироку суду. Здавалося б, «покривати» таку прогалину «здатні» положення ч. 3 ст. 96² КК, відповідно до яких спеціальна конфіскація застосовується також у разі, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або не осудністю, або звільняється від кримінальної відповідальності чи покарання з підстав, передбачених цим Кодексом, крім звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності. Втім, наразі положення ч. 1 ст. 96² КК сформульовані як імперативні та не містять жодних застережень, що наштотує на висновок, що ч. 1 ст. 96² КК передбачає вичерпний перелік ознак майна, яке підлягає спеціальній конфіскації. До того ж положення ч. 3 ст. 96² КК прив'язані лише до адресатів спеціальної конфіскації, конкретизуючи їх, однак не містять конкретизації безпосередньо щодо ознак майна, яке підлягає спеціальній конфіскації.

Тож для того, щоб зробити висновок про те, що підставою застосування спеціальної конфіскації також є зв'язок майна із суспільно небезпечним діянням, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого ОЧ КК, необхідно застосовувати поширювальне тлумачення ч. 1 ст. 96² та ч. 3 ст. 96² КК у їх взаємозв'язку. За буквальною змістом у поточному вигляді цих положень таке поширювальне тлумачення нагадує застосування аналогії закону.

Тож видається, що положення ч. 1 ст. 96² КК щонайменше не узгоджуються (суперечать) двом вищенаведеним елементам юридичної конструкції спеці-

альної конфіскації: умовам застосування спеціальної конфіскації та процесуальним підставам її застосування.

Як результат, констатуємо, що згідно із ч. 1 ст. 96² КК за буквального нормативним змістом підставою застосування спеціальної конфіскації є прямий чи опосередкований зв'язок майна із кримінальним правопорушенням; водночас більш послідовним видається визнання на нормативному рівні як підстави спеціальної конфіскації зв'язок майна із кримінальним правопорушенням або суспільно небезпечним діянням, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого ОЧ КК, про що необхідно прямо вказати у ч. 1 ст. 96² КК.

Стосовно предмета спеціальної конфіскації.

Керуючись ч.ч. 1-2 ст. 96² КК, приходимо до висновку, що спеціальної конфіскації підлягають:

- а) гроші, цінності та інше майно, що наділене ознаками, визначеними у пунктах ч. 1 ст. 96² КК;
- б) повністю або частково перетворене майно за наявності умов, визначених першим реченням ч. 2 ст. 96² КК;
- в) грошова сума-еквівалент вартості майна, що наділене ознаками, визначеними у ч. 1 ст. 96² КК, за наявності умов, передбачених другим реченням ч. 2 ст. 96² КК.

Стосовно застережень до відповідних компонентів юридичної конструкції спеціальної конфіскації.

Ґрунтуючись на положеннях ст. 96² КК, законодавцем виділено такі застереження до застосування спеціальної конфіскації:

- 1) не може підлягати спеціальній конфіскації майно, що було предметом кримінального правопорушення, якщо воно повертається власнику (законному володільцю), а в разі, якщо його не встановлено, – переходить у власність держави (п. 3 ч. 1 ст. 96² КК);
- 2) не може підлягати спеціальній конфіскації майно, яке було підшукане, виготовлене, пристосоване або використане як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення, якщо воно повертається власнику (законному володільцю), який не знав і не міг знати про їх незаконне використання (п. 4 ч. 1 ст. 96² КК);

3) спеціальна конфіскація не застосовується у випадку звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності (ч. 3 ст. 96² КК);

4) спеціальна конфіскація не може бути застосована до майна, яке перебуває у власності добросовісного набувача (ч. 4 ст. 96² КК);

5) спеціальна конфіскація не застосовується до грошей, цінностей та іншого майна, зазначених у цій статті, які згідно із законом підлягають поверненню власнику (законному володільцю) або призначені для відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням (ч. 5 ст. 96² КК).

Водночас перші два застереження стосуються такого компонента юридичної конструкції спеціальної конфіскації, як її матеріально-правова підстава та предмет; третє застереження – кримінально-правових умов застосування спеціальної конфіскації та її процесуальної підстави; четверте – адресатів спеціальної конфіскації; п'яте – предмета спеціальної конфіскації.

Аналізуючи застереження у їх взаємозв'язку між собою, можемо дійти таких висновків.

По-перше, застереження, наявне у п. 3 ч. 1 ст. 96² КК, до того, що не підлягає спеціальній конфіскації предмет кримінального правопорушення, який повертається власнику (законному володільцю) є надлишковим з урахуванням того, що ч. 5 ст. 96² КК охоплює наведені ситуації.

По-друге, недоречною виглядає вказівка на добросовісного набувача у ч. 4 ст. 96² КК у силу аргументів, наведених вище.

ВИСНОВКИ

Шляхом аналізу юридичної конструкції спеціальної конфіскації можна дійти до висновку, що окремі з її компонентів є неоднозначними, окремі взагалі виключають можливість застосування цього інституту до більшості ситуацій за його буквального змістом (єдиний вихід – застосування таких компонентів за аналогією, що є неприпустимим).

До неоднозначних положень конструкції можна віднести:

а) вказівку на добросовісного набувача у ч. 4 ст. 96² КК, оскільки правовий зміст цього терміну лежить у відмінній від цілей нормативно-правового регулювання спеціальної конфіскації площині, а тому невдало «взаємодіє» з іншими компонентами цього інституту;

б) надлишковість застереження, наявного у п. 3 ч. 1 ст. 96² КК, стосовно майна, яке повертається власнику (законному володільцю);

в) вказівка на покарання у виді позбавлення волі у ч. 1 ст. 96¹ КК, хоча ЗЧ КК оперує поняттями «позбавлення волі на певний строк» (ст. 63 КК) або «довічне позбавлення волі» (ст. 64 КК).

До колізійних положень слід віднести елементи кримінально-правових підстав спеціальної конфіскації (ч. 1 ст. 96² КК), які не узгоджуються з іншими елементами юридичної конструкції спеціальної конфіскації.

Список використаних джерел

1. Винник А.О. Спеціальна конфіскація майна як інший захід кримінально-правового характеру за кримінальним правом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Львівський державний університет внутрішніх справ. Львів, 2019. 220 с.
2. Конституція України: Закон України № 254к/96-ВР від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр#Text>
3. Кримінальний кодекс України: Закон України № 2341-III від 5 квітня 2001 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/conv#n845>
4. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України № 4651-VI від 13 квітня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
5. Цивільний кодекс України: Закон України № 435-IV від 16 січня 2003. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

References

1. Vynnyk A.O. Special forfeiture as a measure of criminal nature in criminal law of Ukraine: diss. ... PhD in legal sciences: 12.00.08 / Lviv State University of Internal Affairs. Lviv, 2019. 220 p. (in Ukrainian).
2. Constitution of Ukraine: the Law of Ukraine № 254k/96-VR June 28, 1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр#Text> (in Ukrainian).

3. Criminal Code of Ukraine: the Law of Ukraine No. 2341-III dated April 5, 2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/conv#n845> (in Ukrainian).

4. Criminal Procedure Code of Ukraine: the Law of Ukraine No. 4651-VI dated April 13, 2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (in Ukrainian).

5. Civil Code of Ukraine: the Law of Ukraine No. 435-IV dated January 16, 2003. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (in Ukrainian).

Vadym SAMOYLOV

chief specialist, National Agency on Corruption Prevention

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7332-1070>

e-mail: vsamoylov.98@gmail.com

ISSUES OF THE LEGAL CONSTRUCTION OF SPECIAL FORFEITURE UNDER THE CRIMINAL LAW OF UKRAINE

Introduction. *This paper highlights the main elements of the legal construction of special forfeiture at the present stage of its legal regulation.*

The purpose of the paper is the isolation of the main components of the legal structure of special forfeiture, their analysis separately and in conjunction with each other in order to identify inaccurate and conflicting provisions of the Law of Ukraine on Criminal Liability.

Results. *The content of each element of the legal construction of special forfeiture is analyzed both separately and in conjunction with other elements. The peculiarities of the actual criminal law content of the special forfeiture have been established. The peculiarities of the procedural basis for the application of special forfeiture are analyzed. The characteristic features of the criminal law conditions for the use of special forfeiture have been established. Some shortcomings of the legislative technique in constructing the provisions of the Law of Ukraine on Criminal Liability concerning the persons to whom provisions on special forfeiture are addressed have been established. The peculiarities of the criminal law basis of special forfeiture and the contradiction of this element of its legal structure with its other elements are characterized, which excludes the use of special forfeiture in some cases by its literal meaning in the form in which it is formulated in the law on criminal liability. The characteristic features of the subject of special forfeiture and the contradiction of this element of its construction with the forfeiture of property as a type of punishment are established. The exclusions from some of the above components of special forfeiture are analyzed. The success of the use of the phrase "bona fide purchaser" in the construction of Article 962 of the Criminal Code of Ukraine is analyzed.*

Conclusions. *Ambiguous elements of the construction of special forfeiture that require legislative adjustment have been identified. Clearly conflicting provisions of the norms of the law of Ukraine on criminal liability concerning the legal construction of special forfeiture are singled out. Relevant conclusions are made.*

Keywords: *special forfeiture, measure of criminal character, legal construction*

Владіслава Олегівна УСИК

аспірантка, Національний технічний університет України "Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського"
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2874-9975>
e-mail: vladav94@gmail.com

Сергій Васильович ВОЙТКО

д.е.н., професор, Національний технічний університет України "Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського"
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2488-3210>
e-mail: voitko@ukr.net

УПРАВЛІННЯ РИЗИКАМИ, ЯКІ ГЕНЕРУЮТЬСЯ ПІД ЧАС ВИКОРИСТАННЯ ПЛАТІЖНИХ СИСТЕМ

Функціонування платіжних систем в умовах сьогодення можуть генерувати ряд фінансових ризиків: кредитний, ліквідності, валютний, операційний, правовий, системний. Тому в результаті проведеного дослідження було визначено сутність поняття «платіжна система». Проведено характеристику основних ризиків, що генеруються платіжними системами. Розглянуто основні положення щодо управління та оцінки таких ризиків. Визначено основні концептуальні засади здійснення нагляду (оверсайту) за платіжними системами в Україні. Структуровано основні етапи оцінювання впливу фінансових ризиків, які генеруються використанням платіжних систем на основі результатів діяльності банків України. Проведено аналіз впливу ризиків, які генеруються використанням платіжних систем, на результативні показники діяльності банків.

Ключові слова: управління ризиками, платіжна система, електронні платежі

ВСТУП

Лібералізація світового фінансового ринку та його поступова трансформація у відповідність до міжнародних стандартів ведення банківського бізнесу, є причиною активного розвитку платіжних систем. Тому перед суб'єктами господарювання постає проблема впровадження інноваційних інструментів, які забезпечуватимуть вдосконалення існуючих технологій безготівкових розрахунків, а також відповідатимуть постійно зростаючим потребам суб'єктів фінансового ринку у доступі до зручних, надійних та безпечних платіжно-розрахункових послуг, що супроводжується зростанням рівня ризиків, які впливають на організацію ефективної діяльності будь-яких установ.

Аналіз останніх досліджень

Проблему розвитку платіжних систем та ризиків, які пов'язані з їхньою діяльністю і генеруються такими платіжними системами, досліджували провідні вчені-економісти: Т.К. Адабашев, Т.Т. Ковальчук, В.С. Лук'янов, О.Д. Вовчак, О.М. Коробейникова, Н.В. Байдукова, Ю.Ю. Мазина та Т.В. Савелко. Проте мінливість фінансового сектору та активний науково-технічний прорив потребують постійного оновлення вже існуючих теоретичних надбань.

МЕТА РОБОТИ

Цілі статті передбачають вивчення та структурування адаптивної системи управління ризиками, які виникають під час використання платіжних систем. Проблема виникнення ризиків у процесі використання платіжних систем сьогодні набирає обертів. Тому розроблення адаптивної моделі для їх оцінювання є першочерговим завданням банківської системи.

МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Методологічною та інформаційною основою ро-

боти є праці провідних вчених, а також матеріали періодичних видань. У проведенні дослідження використовувалися методи аналізу та синтезу, теоретичного узагальнення, системний підхід тощо.

РЕЗУЛЬТАТИ

Використання платіжних систем у процесі функціонування банківської системи України набирає обертів. Доцільним є визначення сутності поняття «платіжна система».

У Законі України «Про платіжні системи» вказано, що платіжна система це платіжна організація, учасники платіжної системи та сукупність відносин, що виникають між ними під час проведення переказу коштів. Проведення переказу коштів є обов'язковою функцією, що має виконувати платіжна система» [1].

О.М. Коробейникова визначила, що платіжна система це сукупність фінансових інститутів, що здійснюють операційну, координаційну, консультаційну та інші види діяльності у сфері здійснення платежів і розрахунків в економіці та (або) її окремих секторах» [3, с. 98].

Натомість О.Д. Вовчак вважає, що платіжна система – це набір платіжних інструментів, банківських процедур і, як правило, міжбанківських систем переказу коштів, поєднання яких забезпечує грошовий обіг разом з інституційними й організаційними правилами та процедурами, що регламентують використання цих інструментів і механізмів» [2, с. 37].

Дослідивши думку вчених, слід відмітити, що поняття «платіжна система» слід розглядати як складну систему управління переказами коштів та взаєморозрахунками між суб'єктами економіки, яка забезпечує раціональне здійснення основних функцій, безперервне фінансування діяльності із використанням новітніх методів і платіжних інструментів, які використовуються для зменшення готівкового обігу коштів та

забезпечують ефективність грошово-кредитної, монетарної політики країни.

У процесі свого функціонування платіжна система, як і будь-яка економічна система, може піддаватися впливу ризиків її професійної діяльності. У разі виникнення ризиків, повинна бути реалізована ефективна система управління ними із врахуванням всіх можливих сценаріїв впливу, як мікро- так і макроекономічних чинників, які можуть спричинити значні втрати на всіх рівнях управління. Забезпечення й створення всіх необхідних умов відноситься до компетенцій й основних завдань органів державного управління, значну роль у даному процесі відіграє Національний банк України завдяки стимулюванню розвитку платіжних систем крізь призму виконання своїх кон-

цептуальних функцій. Основною й невід'ємною функцією національного банку України є забезпечення фінансової стабільності в умовах невизначеності й волатильності зовнішнього середовища, ризику є нагляд (оверсайт) за платіжно-розрахунковими системами [4]. Нагляд або оверсайт за платіжними та розрахунковими системами, які діють на території країни в фінансовому секторі передбачає моніторинг, оцінювання платіжних систем, визначення їх системності й ініціювання всіх регламентуючих дій стосовно їх діяльності.

Концептуальні засади здійснення нагляду (оверсайту) за платіжними системами України надано на рис. 1.

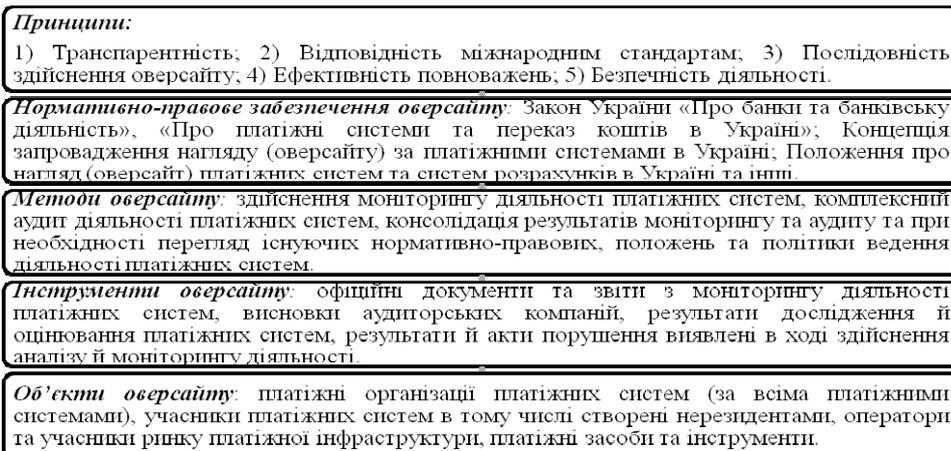


Рис. 1. Концептуальні засади здійснення нагляду (оверсайту) платіжних систем в Україні (складено автором на основі [4-7])

Виходячи з вищенаданого, варто зауважити, що здійснення нагляду (оверсайту) за діяльністю платіжних систем повинно базуватись на ключових принципах, а саме: 1) прозорість – оприлюднення центральним банком основних результатів проведення нагляду й регулювання платіжних систем; 2) відповідність міжнародним стандартам – використанням центральним банком міжнародних стандартів регулювання та нагляду за платіжно-розрахунковими системами; 3) послідовність здійснення оверсайту – стандарти нагляду й регулювання платіжно-розрахункових систем повинні імплементуватись послідовно в усіх платіжно-розрахункових системах не залежно від форми власності; 4) ефективність повноважень – наявність всіх необхідних компетентних повноважень у центральних банків для здійснення оверсайту за платіжно-розрахунковими системами; 5) безпечність діяльності – забезпечення безпеки й ефективності здійснення платежів через платіжні системи шляхом співпраці між центральними банками та органами державної влади [5].

В Україні оверсайт платіжних систем є відносно новим напрямом діяльності Національного банку України, аналіз законодавчих та нормативно-правових документів, які регулюють діяльність платіжних систем дозволяє констатувати, що реалізація функції нагляду (оверсайту) відбувається із врахуванням признаних на міжнародному рівні принципів, методів

й інструментів, які враховують загрози безпеки й зростання рівня ризиків.

Варто зауважити, що фінансова діяльність й використання платіжних систем за своєю природою є не детермінованими й апріорі їй притаманна волатильність мікро- та макроекономічних чинників впливу та ризикованість, як результат впливу зазначених факторів, що обумовлює необхідність топ-менеджменту банків постійно модернізувати й використовувати інноваційні методи та інструменти управління ризиками.

З вищенаданих критеріїв класифікації ризиків, які генеруються використанням платіжних систем найбільш значущими й суттєвими за своїм впливом є фінансові ризики, вплив яких призводить до збитків й неочікуваних витрат. Характеристика фінансових ризиків, які генеруються використанням платіжних систем: джерело, локалізація їх появи та форми реалізації надано у табл. 1.

Наведена класифікація фінансових ризиків, які генеруються використанням платіжних систем зі структуриванням їх джерела виникнення, форми й локалізації, дозволяє констатувати те, що ефективне управління будь-якою установою повинно базуватись на врахуванні всіх можливих ризиків під час прийняття управлінських рішень. Виходячи із цього, варто провести оцінювання рівня ризиків, які генеруються використанням платіжних систем у банках України на засадах економіко-математичного моделювання.

Таблиця 1 – Характеристика фінансових ризиків, які генеруються використанням платіжних систем
(складено автором на основі [6-7])

Фінансовий ризик	Джерело виникнення ризику	Форми реалізації фінансового ризику
Кредитний	Не виконання зобов'язань одним із учасників розрахунків	Зміни балансових показників й зобов'язань учасників платіжної системи.
Ліквідності	Недостатність ліквідних коштів для здійснення розрахунків у зазначений час	Негативні зміни балансових показників й зобов'язань учасників платіжної системи.
Валютний	Невизначеність й нестабільність валютного ринку, валютного законодавства	Зростання ризиків й можливих втрат без врахування особливостей діяльності й волатильності валютного ринку
Операційний	Операційно-технічні фактори такі як: поломки ІТ систем та комплексів, збої в роботі.	Порушення функціональності по здійсненню платіжно-розрахункових операцій.
Правовий	Волатильність й невизначеність нормативно-правової поля платіжної системи	Не відповідність діяльності платіжної системи нормативно-правовим актам, зростання конфліктів між учасниками
Системний	Невиконання зобов'язанням одним із учасників платіжної системи, що може вплинути на всю систему	Поширення між всіма учасниками платіжної системи фінансових ризиків, що призводить до витрат й збитків

Визначення рівня ризиків, які генеруються використанням платіжних систем, вважається доречним використанням кореляційно-регресійного аналізу у рамках якого необхідно, розкрити сутність результативних показників, їх взаємовідносини, кількісно оцінити вплив факторів. Для інтерпретації результатів кореляційно-регресійного аналізу необхідно вивести зв'язок між факторами фінансових ризиків та їх вплив на результативні показники, визначити тісноту зв'язку та їх значущість. Основні етапи проведення оцінювання рівня фінансових ризиків, які генеруються використанням платіжних систем та їх вплив на результативні показники надано на рис. 2. Інформаційною базою для проведення оцінювання рівня ризиків, які генеруються використанням платіжних систем виступають офіційні дані НБУ стосовно діяльності банків України. Для будь-якої організації важливим є отримання прибутку від здійснення своєї діяльності, не виключенням є й банківські установи. Звідси для проведення впливу ризиків, які генеруються використанням платіжних систем, результативними показниками даної діяльності вважаємо виділити такі, як: процентні

доходи, комісійні доходи та операційні доходи.

Оцінювання рівня ризиків (X_1, X_2, \dots, X_n), які генеруються використанням платіжних систем й можуть спричинити негативний вплив на результативні показники Y (Y_1 – процентні доходи, Y_2 – комісійні доходи та Y_3 – операційні доходи); описується рівнянням багатофакторної множинної регресії (1):

$$Y = C + at + b \cdot Payments_t + Eit, \quad (1)$$

де Y – результативний показник, що характеризує діяльність платіжних систем (Y_1 – процентні доходи, Y_2 – комісійні доходи та Y_3 – операційні доходи);

a, b, C – вільний член отриманого рівняння регресії;

$b \cdot Payments_t$ – вектор змінних, що характеризує специфіку діяльності платіжних систем;

Eit – випадкова похибка, розподіл якої залежить від незалежних змінних.

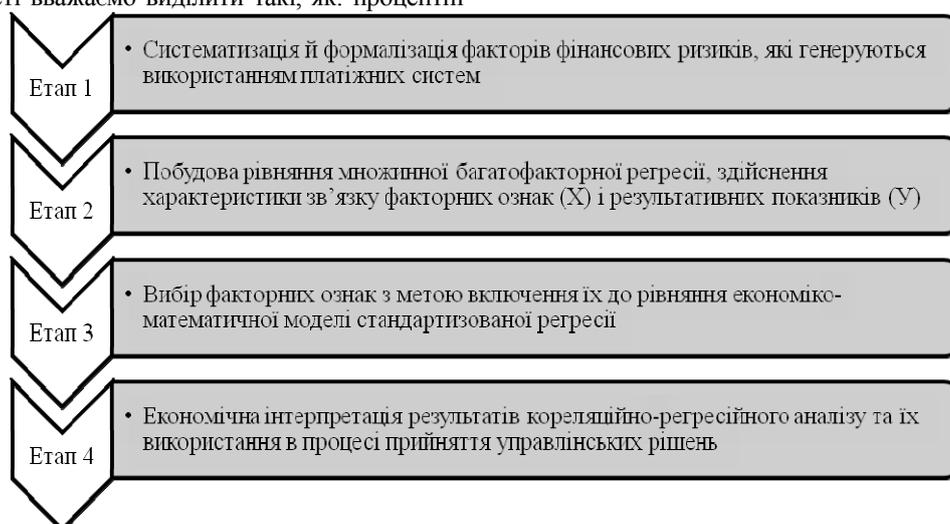


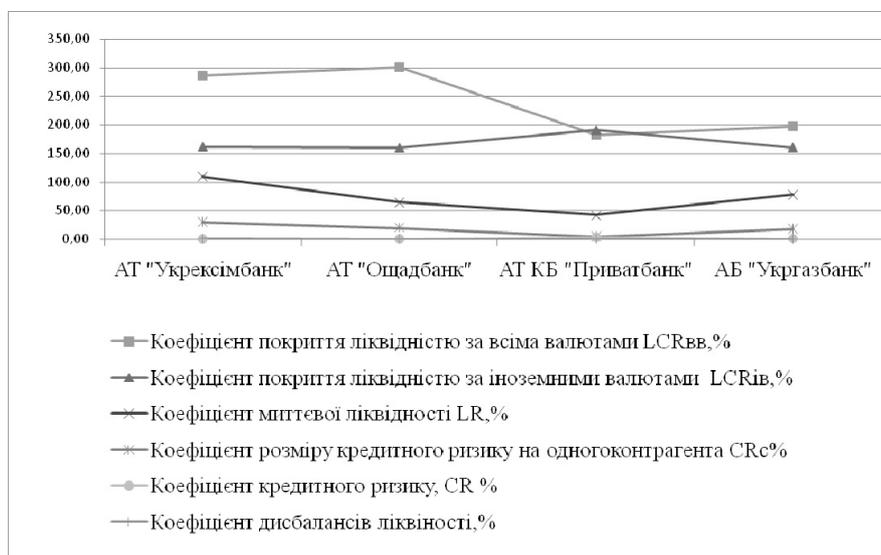
Рис. 2. Основні етапи оцінювання впливу фінансових ризиків, які генеруються використанням платіжних систем на основні результати діяльності банків України [розроблено автором]

Для оцінювання рівня ризиків, які генеруються використанням платіжних систем в банках України та вплив мікро- та макроекономічних змінних на ключові результати діяльності обрано наступні факторні змінні: кредитний ризик (коефіцієнт розміру кредитного ризику на одного контрагента, CRc у %; коефіцієнт кредитного ризику, CR у %); ризик ліквідності (коефіцієнт миттєвої ліквідності, LR у %, коефіцієнт дисбалансу ліквідності, DLR у %); валютний ризик (коефіцієнт покриття ліквідністю для всіх валют, LCR_{вв} у %, коефіцієнт покриття ліквідності для іноземних валют, LCR_{ів} у %), а залежні змінні, тобто результативні показники – чистий процентний дохід банку, чистий комісійний дохід, операційні доходи. За всіма наведеними змінними й параметрами багатфакторної регресії доречно провести оцінювання впливу ризиків, які генеруються використанням платіжних систем на результативні показники банків України за відповідними групами (банки із держав-

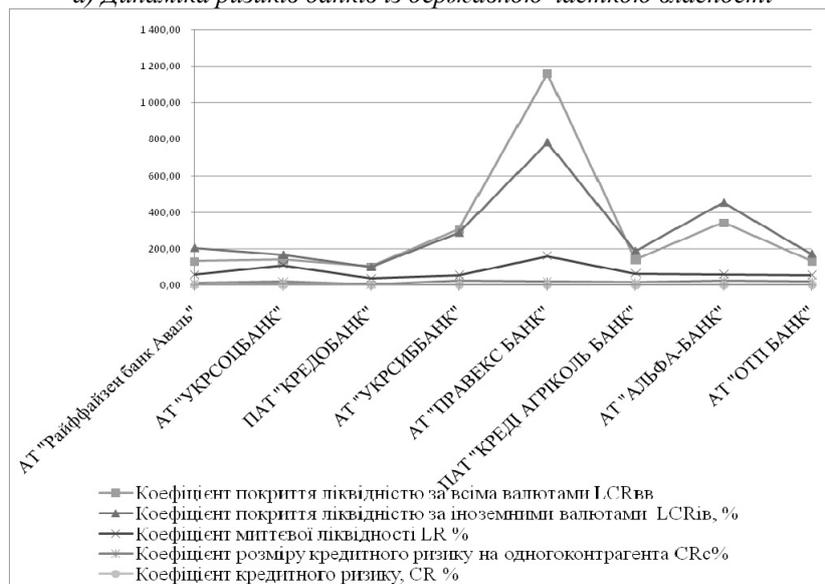
ною часткою власності, банки із іноземним капіталом, банки із приватним капіталом), динаміку яких надано на рис. 3.

З наведеної динаміки слід відзначити, що динаміка ризиків є досить динамічною для банків із іноземним капіталом, що пояснюється агресивною політикою на ринку фінансових послуг, що направлена на розширення спектру банківських послуг із використанням інноваційних технологій й інструментів, які зі свого боку обумовлюють зростання рівня ризиків, які можуть реалізуватись в разі отримання неочікуваних збитків. Політика банків із державною часткою власності є більш зваженою й раціональною у частині прийняття ризиків заради збільшення прибутку.

З метою визначення впливу рівня ризиків, які генеруються використанням платіжних систем, доречно розглянути основні результати кореляційно-регресійного аналізу, який надано у табл. 2.



а) Динаміка ризиків банків із державною часткою власності



б) Динаміка ризиків банків із іноземним капіталом

Рис. 3. Динаміка ризиків, які генеруються використанням платіжних систем за групами банків України станом на 01.07.2019 р. у % (розраховано автором на основі даних [8])

Таблиця 2 – Основні результати кореляційно-регресійного аналізу впливу ризиків, які генеруються використанням платіжних систем на результативні показники діяльності банків із іноземним капіталом
[авторська розробка]

Незалежні змінні	Залежні змінні (результативні показники)					
	Чисті процентні доходи		Чисті комісійні доходи		Операційні доходи	
	Коэф.	Р-знач.	Коэф.	Р-знач.	Коэф.	Р-знач.
Коефіцієнт покриття ліквідністю для всіх валют, LCR вв у%,	н/з	0,62	н/з	0,45	н/з	0,14
Коефіцієнт покриття ліквідністю для іноземних валют, LCR ів у%),	н/з	0,56	6,23	0,34	2,27	0,86
Коефіцієнт миттєвої ліквідності, LR у %,	8,93	0,81	н/з	0,71	1,99	0,48
Коефіцієнт розміру кредитного ризику на одного контрагента, CRc у%	1,71	0,98	н/з	0,91	н/з	0,35
Коефіцієнт кредитного ризику, CR у %	8,36	0,57	2,49	0,62	н/з	0,83
Коефіцієнт дисбалансу ліквідності, DLR у %);	н/з	0,51	н/з	0,51	4,54	0,45
Коефіцієнт детермінації R ²	0,74		0,86		0,98	
Значущість F- критерію Фішера	0,81		0,63		<0,01	
Значимість t – критерію Стьюдента	2,54		1,48		1,54	

* кореляційно-регресійний аналіз проводився на основі даних НБУ станом на 01.07.2019, н/з – незначущі змінні >0.05

З метою імплементації всіх отриманих результатів кореляційно-регресійного аналізу впливу ризиків, які генеруються використанням платіжних систем на результативні показники діяльності банків за визначеними групами слід відзначити, що найбільш ризикованою є діяльність банків із іноземним капіталом, оскільки отримані економіко-математичні моделі є досить адекватними та достовірними, а значущість факторів є найбільшою серед інших банківських груп. Класифікація отриманих економіко-математичних моделей представлена нижче (2-4):

$$IR = C + 8.93LR + 1.71CRc + 8.36CR + Eit, \quad (2)$$

де IR – чисті процентні доходи банку; LR – коефіцієнт миттєвої ліквідності; CRc – коефіцієнт розміру кредитного ризику на одного контрагента, CR – коефіцієнт кредитного ризику, Eit – випадкова похибка, розподіл якої залежить від незалежних змінних.

$$CI = C + 6.23LCR_{iv} + 2.49CR + Eit, \quad (3)$$

де CI – чисті комісійні доходи банку; LCR_{iv} – коефіцієнт покриття ліквідністю для іноземної валюти; CR – коефіцієнт кредитного ризику, Eit – випадкова похибка, розподіл якої залежить від незалежних змінних.

$$OI = C + 2.27LCR_{iv} + 1.99LR + 4.54DLR + Eit, \quad (4)$$

де OI – операційний дохід банку; LCR_{iv} – коефіцієнт покриття ліквідністю для іноземної валюти; LR – коефіцієнт миттєвої ліквідності; DLR – коефіцієнт дисбалансів ліквідності, Eit – випадкова похибка, розподіл якої залежить від незалежних змінних.

Параметри отриманих кореляційно-регресійних моделей за різною специфікою були перевірені на значимість за допомогою F-критерію Фішера та критерію Стьюдента. Основні параметри побудованих кореляційно-регресійних моделей оцінювання впливу ризиків, які генеруються використанням платіжних систем та впливають на результативні показники

діяльності банків (чистий процентний дохід, чистий комісійний дохід та операційні доходи) станом на 01.07.2019 р. свідчать про наступне, що табличне значення t-критерію Стьюдента складає 0,81; 0,63 та 0,001 так як $t_{розрах} = 2,54$ та 1,58 й 1,54 відповідно. Звідси необхідно констатувати те, що отримані економіко-математичні моделі з часовим лагом та Lp темпів росту являється максимально точними й адекватними, оскільки $t_{табл} < t_{розрах}$.

Отже, за результатами проведеного кореляційно-регресійного аналізу впливу ризиків, які генеруються використанням платіжних систем банками України та мають вплив на результативні показники їх діяльності, слід відзначити, що найбільш чутливими до ризиків, які генеруються використанням платіжних систем, виступають: ризик ліквідності (коефіцієнт миттєвої ліквідності, коефіцієнт дисбалансів ліквідності); кредитний ризик (коефіцієнт кредитного ризику, коефіцієнт розміру ризику на одного контрагента), валютний ризик (коефіцієнт покриття ліквідністю для всіх валют, коефіцієнт покриття ліквідністю для іноземної валюти).

ВИСНОВКИ

Отже, в умовах невизначеності й волатильності навколишнього середовища для банківських установ стратегічним пріоритетом кожної організації повинна бути спрямованість на забезпечення конкурентних позицій, оптимізації структури витрат, максимізації доходів й визначення припустимого рівня ризиків шляхом використання новітніх методик та інструментів економіко-математичного моделювання, екстраполяційного прогнозування, теорії нечітких множин у виборі платіжних систем та роботи із ними.

Список використаних джерел

1. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні: Закон України від 05.04.2001 № 2346-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2346-14#Text>
2. Вовчак О.Д., Шпаргало Г.Є., Андрейків Т.Я. Платіжні системи. Київ: Знання, 2008. 341 с.
3. Коробейникова О.М. Теоретико-методологический

анализ сущности локальных платёжных систем. *Современная экономика: проблемы, тенденции, перспективы*. 2013. № 9. С. 94–109.

4. Балакіна Ю. Імплементация міжнародних стандартів у законодавство України щодо нагляду (оверсайта) платіжних систем та систем розрахунків. *Вісник НБУ*. 2013. № 12. С. 35–41.

5. Положення про нагляд (оверсайт) платіжних систем та систем розрахунків в Україні: Постанова Правління НБУ від 28.11.2014 р. № 755. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0755500-14/page>

6. Махасва О. Оверсайт як функція центрального банку та концепція його введення в Україні. *Вісник НБУ*. 2011. № 4. С. 18–22.

7. Руцишин Н.М., Костак З.Р. Платіжна система України та безпека її функціонування. *Глобальні та національні проблеми економіки*. 2017. № 19. URL: <http://global-national.in.ua/issue-19-2017/27-vipusk-19-zhovten-2017-r/3458-rushchishin-n-m-kostak-z-r-platizhna-sistema-ukrajini-ta-bezpeka-jiji-funktsionuvannya>

8. Основні показники діяльності банків. Офіційний сайт Національного банку України. URL: https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=34661442&cat_id=3479859

References

1. On payment systems and funds transfer in Ukraine: Law of Ukraine of 05.04.2001 № 2346-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2346-14#Text> (in Ukrainian).

2. Vovchak O.D., Shparhalo H.Ye., Andreikiv T.Ya. Payment systems. Kyiv: Znannia, 2008. 341 p. (in Ukrainian).

3. Korobeinykova O.M. Theoretical and methodological analysis of the essence of local payment systems. *Modern economy: problems, tendencies, prospects*. 2013. № 9. pp. 94–109. (in Russian).

4. Balakina Yu. Implementation of international standards in the legislation of Ukraine on the supervision (oversight) of payment systems and payment systems. *Bulletin of the NBU*. 2013. № 12. pp. 35–41. (in Ukrainian).

5. Regulations on supervision (oversight) of payment systems and settlement systems in Ukraine: Resolution of the Board of the NBU dated 28.11.2014 № 755. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0755500-14/page> (in Ukrainian).

6. Makhaieva O. Oversight as a function of the central bank and the concept of its introduction in Ukraine. *Bulletin of the NBU*. 2011. No. 4. pp. 18–22. (in Ukrainian).

7. Rushchishyn N.M., Kostak Z.R. Payment system of Ukraine and security of its functioning. *Global and national economic problems*. 2017. № 19. URL: <http://global-national.in.ua/issue-19-2017/27-vipusk-19-zhovten-2017-r/3458-rushchishin-n-m-kostak-z-r-platizhna-sistema-ukrajini-ta-bezpeka-jiji-funktsionuvannya> (in Ukrainian).

8. The main indicators of banks. Official site of the National Bank of Ukraine. URL: https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=34661442&cat_id=3479859 (in Ukrainian).

Vladislava USYK

postgraduate student, National Technical University of Ukraine "Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute".

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2874-9975>

e-mail: vladav94@gmail.com

Serhii VOITKO

Doctor of Economics, Professor, National Technical University of Ukraine "Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute".

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2488-3210>

e-mail: voitko@ukr.net

RISK MANAGEMENT RELATED TO THE USE OF PAYMENT SYSTEMS

Payment system is a complex system of managing funds transfers and settlements between economic entities, which ensures the rational implementation of the basic functions, uninterrupted financing of activities using the latest methods and payment instruments used to reduce cash flow and ensure the effectiveness of monetary, monetary policy countries. In the course of its functioning, the payment system, like any economic system, can be exposed to the risks of its professional activity. Characteristic risks of the payment system are credit risk, liquidity risk, currency risk, operational, legal and systemic. In the event of risks, an effective management system should be implemented, taking into account all possible scenarios of impact, both micro- and macroeconomic factors, which could cause significant losses at all levels of government. An important aspect of a payment system's risk management policy is that it is adequately assessed. The main stages of assessing the level of financial risks generated by the use of payment systems and their impact on the performance indicators are:

1. Systematization and formalization of financial risk factors generated by the use of payment systems.
2. Constructing a multiple multivariate regression equation, realizing the relation between factor (X) and performance (B).
3. The choice of factor traits to include them in the equation of the economic-mathematical model of standardized regression.
4. Economic interpretation of the results of correlation-regression analysis and their use in the decision-making process.

Information base for assessing the level of risks generated by the use of payment systems is the NBU's official data on the activity of Ukrainian banks. It should be noted that the most sensitive to the risks generated by the use of payment systems are: liquidity risk; credit risk, currency risk. Thus, in a context of uncertainty and environmental volatility for banking institutions, the strategic aspect should be to focus on securing competitive positions, determining the acceptable level of risk through the use of the latest economic and mathematical modeling tools, extrapolation forecasting, fuzzy set theory, and choice of payment systems with them should be a strategic priority for each organization.

Keywords: risk management, payment system, electronic payments

Аудиторська фірма «Аналітик» пропонує аутсорсинг бухгалтерських послуг!

Аутсорсинг бухгалтерського обліку – це передача ведення бухгалтерського обліку сторонній фірмі.

Які ж переваги аутсорсингу бухгалтерських послуг?

1. **Значна (!) економія коштів** на ведення бухобліку:

- економія за бухгалтерські послуги, за які **Ви нам платитимете принаймні на 1000 гривень менше, ніж штатному бухгалтеру**;
- економія на програмне забезпечення (1С, Медок, Ліга Закон тощо);
- економія на утримання офісу, комп'ютерної техніки.

2. Відтепер податкові та інші інспекції – це наші проблеми!

Ми беремо на себе повну матеріальну відповідальність за якість наданих бухгалтерських послуг, включаючи можливі санкції.

3. З нами Ви можете забути про головний біль з постійними пошуками бухгалтера, який у будь-який час може піти від Вас на іншу роботу.

4. Ми не йдемо у відпустку та не беремо лікарняний. Наша фірма справді гарантує безперервне та якісне ведення бухгалтерського обліку.

І нарешті – з нами Ви не тільки отримаєте якісні бухгалтерські послуги. За додатковою домовленістю ми забезпечимо Вас необхідними податковими, юридичними консультаціями, аудиторськими послугами різного характеру.

Все що Вам потрібно – це:

- періодично передавати нам первинну бухгалтерську документацію;
- щомісячно отримувати від нас інформацію про податки та інші обов'язкові платежі;
- укласти із нами договір.

Зробіть вибір, вигідний для Вас!

(044)278-05-88

(097)178-90-89

(066)178-20-42

www.af-analitik.com.ua